

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y PROTECCIÓN DE DATOS

Juan José González López

*Letrado jefe de la Asesoría Jurídica Territorial.
Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en Burgos
Profesor doctor asociado de Derecho Constitucional.
Universidad de Burgos*

Este trabajo ha obtenido un **Accésit Premio Estudios Financieros 2017** en la modalidad de **Derecho Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don FRANCISCO MONTERDE FERRER, don FERNANDO CALANCHA MARZANA, doña SILVIA DíEZ SASTRE, don JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA, don LUIS MEDINA ALCOZ y don JOSÉ VICENTE MOROTE SARRIÓN.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

EXTRACTO

En el presente trabajo se analiza la fricción entre el derecho al acceso a la información pública regulado con carácter básico en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el derecho a la protección de los datos de carácter personal, que se presenta como uno de los principales límites a la denominada publicidad pasiva. A tal fin, tras analizar diversos conceptos de interés para abordar la relación dialéctica entre ambos derechos, se examinan los supuestos de acceso al amparo del consentimiento del afectado y de ponderación. Específicamente en relación con este último, se exponen diversos factores que cabe aplicar para decantar la decisión a favor del acceso o la salvaguarda de la confidencialidad de la información, así como las alternativas que se presentan.

Palabras clave: acceso a la información pública; derecho a la protección de los datos personales; consentimiento; ponderación.

Fecha de entrada: 03-05-2017 / Fecha de aceptación: 04-07-2017

ACCESS TO PUBLIC INFORMATION AND DATA PROTECTION

Juan José González López

ABSTRACT

This paper analyzes the friction between the right to access to public information regulated with a basic character in Law 19/2013, of December 9, on transparency, access to public information and good governance, and the right to data protection, which is one of the main limits to so-called passive publicity. To this end, after analyzing various concepts of interest to address the dialectical relationship between both rights, the assumptions of access under the consent of the affected and balancing are examined. Specifically in relation to the latter, several factors are applicable to decant the decision in favor of access or safeguarding the confidentiality of information, as well as the alternatives that are presented.

Keywords: access to public information; right to data protection; consent; balancing.

Sumario

1. Aproximación general a la dialéctica acceso a la información pública-protección de datos de carácter personal
2. El acceso a la información pública desde la óptica del derecho a la protección de los datos de carácter personal
 - 2.1. Concepto de información pública y formas de acceso
 - 2.2. Concepto y clases de datos de carácter personal
 - 2.3. El acceso a la información pública como cesión de datos de carácter personal
3. Consentimiento y acceso a la información pública
4. Proporcionalidad y acceso a la información
 - 4.1. Finalidad del acceso
 - 4.2. Afeción a la protección de los datos de carácter personal
5. Alternativas al acceso a los datos de carácter personal: acceso parcial y disociación

Bibliografía

DEDICATORIA: A Laura, nuestra leoncilla.

1. APROXIMACIÓN GENERAL A LA DIALÉCTICA ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA-PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

La fricción entre la esfera reservada de los ciudadanos y el acceso a la información en poder de la Administración ya se advirtió al elaborar la Constitución vigente (CE en adelante), que en su artículo 105 b) contempla la intimidad de las personas como uno de los límites del acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos. Ocurre, sin embargo, que el precepto, aunque notable por su advertencia de la problemática, no alcanza la totalidad de esta.

Por una parte, el artículo se refiere al acceso a los archivos y registros administrativos, lo que resulta restrictivo desde una óptica subjetiva y objetiva. La información de interés para la ciudadanía no se constriñe, como se ha puesto de manifiesto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LT en adelante), a la obrante en poder de las Administraciones públicas, sino que también comprende, incluso con mayor relevancia en algunos supuestos, la de otros órganos del Estado y la de determinados sujetos privados. De igual modo, una visión centrada en los registros y archivos corre el riesgo de, merced a una interpretación estricta, dejar al margen la información que no se recoge en dicho tipo de soportes.

Por otra, el precepto se refiere a la intimidad y no a la protección de los datos de carácter personal, con lo que corre el riesgo de ceñir la salvaguarda de la privacidad a los datos especialmente protegidos y desamparar el resto de información de índole personal.

En definitiva, el artículo referido se ha visto superado por una controversia mucho más rica y compleja que la que se previó en 1978, como se evidencia asimismo en la ubicación de este precepto en el título IV de la CE, que lo focaliza en el Gobierno y la Administración. De hecho, se aprecia un «desborde» del precepto en dos etapas. Una primera caracterizada por la aparición de un nuevo derecho fundamental distinto de la intimidad (el derecho a la protección de los datos de carácter personal) y una segunda, por el fortalecimiento del derecho de acceso a la información pública.

En cuanto al primero, aunque parece claro que el propósito original del Constituyente era tutelar los derechos de los ciudadanos frente a los riesgos derivados de la informática, actualmente es pacífica la ubicación en el artículo 18.4 de la CE de un derecho fundamental¹. Su desarrollo

¹ El artículo 18.4 de la CE dispone que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». Acerca de la derivación del derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal de este precepto, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa: la protección de los datos frente al uso de la informática*, Madrid: Tecnos, 1990, págs. 115 y ss., FREIXAS GUTIÉRREZ, G.: *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español; aspectos teóricos y*

normativo se halla en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPDPC en adelante), y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (RPDCP en adelante).

Por lo que respecta al derecho de acceso a la información pública, se trata de un derecho vinculado al principio de transparencia². En este caso, a diferencia de lo que sucede con el derecho a la protección de los datos de carácter personal, su condición de derecho fundamental es objeto de controversia, pues si no son pocas las voces doctrinales que abogan por su reconocimiento como tal, no es esa la postura adoptada en la LT, como revela su carácter de ley ordinaria³. De

prácticos, Barcelona: Bosch, 2001, págs. 33 y ss., CONDE ORTIZ, C.: *La protección de datos personales. Un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, Madrid: Dykinson, 2005, págs. 102 y ss., entre otros muchos. Por lo que respecta a la jurisprudencia, cabe distinguir varias etapas en la evolución de los planteamientos del Tribunal Constitucional hasta llegar a la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC en adelante) 290/2000, de 30 de noviembre, en cuyo voto particular formulado por el magistrado Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, al que se adhiere el magistrado Rafael de Mendizábal y Allende, se ha situado el reconocimiento del posible nacimiento de este nuevo derecho.

En el marco comunitario, cabe señalar su reconocimiento en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 8). Acerca de los hitos en la aparición de una normativa específicamente orientada a la protección de los datos de carácter personal en el marco europeo pueden consultarse DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: *La protección de datos en Europa: principios, derechos y procedimiento*, Madrid: Grupos Asnef Equifax, 1998, págs. 41 y ss., y TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Nuevas tecnologías. Intimidad y protección de datos: con estudio sistemático de la Ley Orgánica 15/1999*, Madrid: Edisofer, 2001, págs. 91 y ss.

² Así se apunta, entre otros, en PIÑAR MAÑAS, J. L.: «Transparencia y protección de datos. Una referencia a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno», en Piñar Mañas, J. L. (dir.), *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*, Madrid: Editorial Reus, 2014, pág. 46, y GALLARDO CASTILLA, M.ª J.: «Transparencia, poder público y derecho a la información», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 8, 2014, pág. 161.

En el ámbito comunitario se contempla en el artículo 42 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pero en relación con el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. En lo tocante a ello, BLANES CLIMENT, M. A.: *La transparencia informativa de las Administraciones Públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters/Aranzadi, 2014, págs. 172 y ss. Un estudio de Derecho comparado se efectúa en Instituto Nacional de Administración Pública: *Estudio comparado sobre normativa internacional en materia de derecho de acceso a la información pública*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2016.

³ En esta línea, TRONCOSO REIGADA, A.: «Transparencia administrativa y protección de datos personales», TRONCOSO REIGADA, A. (dir.), *Transparencia administrativa y protección de datos personales. V Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales*, Madrid: Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, 2008, págs. 36 y 37, en que se vincula con el valor igualdad (art. 1.1 CE), y el derecho a la igualdad frente a las Administraciones públicas (14), y se identifica como requisito necesario para el ejercicio del derecho fundamental a la participación en asuntos públicos (23) y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida económica, política, social y cultural (9.2), y como una exigencia del 20.1 d), PIÑAR MAÑAS, J. L.: «Transparencia y protección de datos...», cit., págs. 46 y ss., REY MARTÍNEZ, F.: «Quod omnes tangit ab omnibus cognitum esse debet: el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 33, mayo 2014, págs. 14 y ss., y MORENO GONZÁLEZ, G.: «El derecho de acceso a la información pública en la Ley de Transparencia. Una aproximación constitucional», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 8, 2015, pág. 106, en que se califica de derecho implícito y conexo del derecho a recibir información veraz y del derecho a participar directamente en los asuntos públicos.

este modo, aunque cabe vaticinar una evolución semejante a la experimentada en relación con el derecho deducido del artículo 18.4 de la CE, esto es, una progresiva generalización del reconocimiento del acceso a la información pública como derecho fundamental, la situación presente es la de una regulación normativa que presenta este derecho como un derecho de configuración legal al amparo de una previsión no iusfundamental en la CE⁴.

La LT es consciente de la fricción entre el derecho a la protección de los datos de carácter personal y el derecho de acceso a la información pública y, en atención a ello, como expone en su preámbulo, «dado que el acceso a la información puede afectar de forma directa a la protección de los datos personales, la Ley aclara la relación entre ambos derechos estableciendo los mecanismos de equilibrio necesarios». Más concretamente, dedica su artículo 15 al límite que supone el derecho derivado del artículo 18.4 de la CE y, en conexión con este, prevé en su disposición adicional quinta la colaboración del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno con la Agencia Española de Protección de Datos. Ahora bien, a consecuencia de la distinta condición que se atribuye a uno y otro derecho, el que la LT identifique y trate el derecho a la protección de los datos de carácter personal como un límite al acceso a la información pública no debe hacer olvidar que el acceso a la información pública constituye, a su vez, un límite a este derecho y que la ley prevalente, no por rango jerárquico, sino por ámbito competencial, es la LOPDCP, al regular un derecho fundamental. Por mucho que se abogue por el reconocimiento de carácter iusfundamental al acceso a la información pública, lo cierto es que existe un juego normativo vinculado al tipo de ley que disciplina específicamente cada derecho que no es posible obviar y que exige ajustarse a la eficacia propia de cada norma, al menos en tanto no recaiga una declaración de inconstitucionalidad de la LT al amparo del artículo 81.1 de la CE y 28.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Lo anterior no implica, sin embargo, que la configuración del derecho de acceso a la información pública como derecho de raigambre legal, no iusfundamental, conlleve su sumisión sistemática al derecho a la protección de los datos de carácter personal⁵. Los límites de los derechos fundamentales pueden venir dados por otros derechos fundamentales o por bienes constitucionalmente protegidos, categoría en que cabe situar sin problema el acceso a la información pública o,

⁴ Cabe destacar que la ausencia de una previsión expresa del derecho o de una cláusula abierta en la relación constitucional de derechos fundamentales no ha impedido que en diversas ocasiones el Tribunal Constitucional haya procedido a reconocer derechos subjetivos sin reconocimiento expreso, como se pone de manifiesto en RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑOZ, J.: *Principios, fines y derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2000, pág. 78. De hecho, el derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal es un magnífico ejemplo.

⁵ Es un riesgo que se plantea en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: «De la opacidad a la casa de cristal. El conflicto entre privacidad y transparencia», en Valero Torrijos, J. y Fernández Salmerón, M. (coords.), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters/Aranzadi, 2014, págs. 241.

Disentimos de la afirmación que se realiza en BLANES CLIMENT, M. A.: *La transparencia...*, cit., pág. 326, de que la calificación o no como derecho fundamental del acceso a la información pública determine que la ponderación se haga entre dos derechos fundamentales con arreglo al principio de proporcionalidad o se imponga el derecho a la protección de los datos de carácter personal por su condición iusfundamental.

con carácter más general, la transparencia de los poderes públicos. Ello unido a la amplitud del régimen de cesión incontestada que permite la LOPDCP y a la ampliación jurisprudencial de la operatividad de la ponderación de este derecho con otros intereses que justifican la comunicación de información personal que proporciona cobertura suficiente para una articulación adecuada de ambos derechos que les garantice una eficacia y protección idóneas.

La relevancia del no reconocimiento del acceso a la información pública como derecho fundamental se manifiesta, como indicamos, en el necesario ajuste de la LT a las previsiones de la LOPDCP, en el marco de las cuales puede apelar todo lo posible, como hace, a la ponderación para equilibrar ambos derechos, pero sin modificarlas o suprimirlas de resultas de la reserva material y congelación de rango orgánico⁶. En definitiva, supone que la relación entre el derecho a la protección de los datos de carácter personal y al acceso a la información pública no es entre iguales, de modo que el ámbito del acceso cuando afecta a datos de carácter personal objeto de previo tratamiento se desenvuelve en el marco que le fija la LOPDCP⁷. Esto nos conduce al siguiente epígrafe del presente trabajo.

2. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

En el presente epígrafe se analiza el encaje del acceso a la información pública en la regulación del derecho a la protección de los datos de carácter personal y, como paso previo, una serie de conceptos necesarios para articular ambos derechos.

2.1. CONCEPTO DE INFORMACIÓN PÚBLICA Y FORMAS DE ACCESO

La LT define la «información pública» como «los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funcio-

⁶ En este sentido, se señala en PIÑAR MAÑAS, J. L.: «Transparencia y protección de datos...», cit., pág. 59, que «en todo caso debe respetarse lo que dispone la LOPD y en particular los principios configuradores del derecho a la protección de datos». Muestra de ello es que límites del artículo 15, a diferencia de los del 14, se aplican directamente, como se advierte en Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y Agencia Española de Protección de Datos: «Criterio interpretativo 2/2015. Aplicación de los límites al derecho de acceso a la información», de 24 de junio de 2015, pág. 5.

⁷ Como se indica en MORETÓN TOQUERO, A.: «Los límites del derecho de acceso a la información pública», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 33, mayo 2014, pág. 22, «Efectivamente, en relación con este último, una concepción del derecho de acceso como mero derecho de configuración legal le coloca en una posición más débil a la hora de solucionar la colisión con el derecho a la protección de datos personales, lo que es resultado del superior rango que a este último le confiere su carácter fundamental».

nes» (art. 13)⁸. La referencia separada a «documentos» y «contenidos» se ha vinculado por algunos autores a la accesibilidad de la información, de manera que el primer término correspondería a la directamente accesible y el segundo a la que precisa tratamiento para ello⁹.

Dicha definición se ubica en el capítulo III de su título I, a que se reserva la expresión «acceso a la información pública», que se corresponde con lo que se identifica como «publicidad pasiva» en contraposición a la publicidad activa, regulada en el capítulo II del mismo título¹⁰. En ambos casos se trata de la toma de conocimiento por la ciudadanía de la información que obra en manos de los poderes públicos y sujetos privados previstos en la norma, con la distinción de que en el caso de la publicidad activa esos sujetos (los enunciados en los arts. 2.1 y 3 LT) deben publicar la información y, de este modo, hacerla accesible con carácter general, y en el acceso a la información pública (publicidad pasiva), son los ciudadanos los que manifiestan su voluntad de acceso.

La constricción de la definición a la publicidad pasiva se explica porque no toda la información subsumible en el concepto de «información pública» que proporciona la LT es objeto de publicidad activa, sino solo aquella «cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública», en palabras del artículo 5.1 de la LT. La LT concreta este concepto jurídico indeterminado en los artículos siguientes: 6 («información institucional, organizativa y de planificación»), 7 («información de relevancia jurídica») y 8 («información económica, presupuestaria y estadística»). De esta manera, el concepto se vincula al ámbito más amplio de publicidad, al tiempo que, por tratarse igualmente de difusión de información, los límites aplicables a la publicidad pasiva lo son también, en su caso, a la activa, como dispone el artículo 5.3 de la LT¹¹. Es por ser el tipo de publicidad correspondiente al «acceso a la información», además del más amplio, por lo que nos centramos a efectos del presente trabajo en la publicidad pasiva.

2.2. CONCEPTO Y CLASES DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

El artículo 15 de la LT alude en su epígrafe y contenido a los «datos personales», expresión que se corresponde con la de «datos de carácter personal» de la LOPDCP y el RPDCP¹². La clave

⁸ La delimitación de dicho concepto debe completarse con las causas de inadmisión del artículo 18.1 de la LT, como se señala en BARRERO RODRÍGUEZ, C.: «El derecho de acceso a la información: publicidad pasiva», en Guichot Reina, E. (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Madrid: Tecnos, 2014, págs. 205 y ss.

⁹ Así, BARRERO RODRÍGUEZ, C.: «El derecho de acceso...», cit., págs. 203-205, y ARES GONZÁLEZ, V.: «Los ámbitos subjetivo y objetivo de la transparencia de la actividad pública», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 33, mayo 2014, pág. 22.

¹⁰ BARRERO RODRÍGUEZ, C.: «El derecho de acceso...», cit., pág. 199.

¹¹ Así se señala en Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: «Criterio interpretativo 9/2015. Publicidad activa de los datos del DNI y de la firma manuscrita», de 23 de julio de 2015, págs. 4 y 5.

¹² De acuerdo con el artículo 3 a) de la LOPDCP, son «datos de carácter personal», «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables». El artículo 5.1 f) del RPDCP, por su parte, los define como «cualquier

para que un dato determinado sea calificable de «dato de carácter personal» es que permita identificar a una persona, con independencia del mayor o menor esfuerzo que ello requiera, siempre que no sea desproporcionado¹³. Con apoyo en dicho criterio se han señalado como datos de carácter personal el documento nacional de identidad y la firma manuscrita, entre otros¹⁴. También las retribuciones, cuando se trata de las percibidas de forma individualizada, al permitir identificar a una persona merced al conocimiento previo de la identidad del ocupante a través del puesto de trabajo al que se vinculan¹⁵. Ha de destacarse que el concepto indicado no se aplica a las personas jurídicas, ni a los fallecidos ni a los datos disociados¹⁶. A pesar de ello, ha sido objeto de reproches por su amplitud¹⁷.

Más específicamente, la LT se hace eco de la tipología de los «datos especialmente protegidos» de que se ocupa el artículo 7 de la LOPDCP¹⁸. Aunque no hace referencia específica a los

información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables».

- ¹³ Así, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de octubre de 2014, concluye que las direcciones IP son datos personales, pues «a partir de la dirección IP puede identificarse directa o indirectamente la identidad del interesado, ya que los proveedores de acceso a internet tienen constancia de los nombres, teléfono y otros datos identificativos de los usuarios a los que han asignado las particulares direcciones IP». No en vano, el artículo 5.1 o) del RPDCP define la «persona identificable» como «toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. Una persona física no se considerará identificable si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionados».
- ¹⁴ Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y Agencia Española de Protección de Datos: «Criterio interpretativo 4/2015. Publicidad activa de los datos del DNI y de la firma manuscrita», de 23 de julio de 2015, págs. 4 y 5.
- ¹⁵ Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: «Resolución de reclamación presentada al amparo del artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», de 8 de julio de 2015, pág. 4.
- ¹⁶ Así, la LOPDCP (art. 3 e) identifica como «afectado o interesado» a la «persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento a que se refiere el apartado c) del presente artículo», y, en línea con ello, el RPDCP dispone que «este reglamento no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas, ni a los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquellas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales» (art. 2.2). «Este reglamento no será de aplicación a los datos referidos a personas fallecidas. No obstante, las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas, podrán dirigirse a los responsables de los ficheros o tratamientos que contengan datos de este con la finalidad de notificar el óbito, aportando acreditación suficiente del mismo, y solicitar, cuando hubiere lugar a ello, la cancelación de los datos» (art. 2.4), y define el «dato disociado» como «aquel que no permite la identificación de un afectado o interesado» (art. 5.1 e).
- ¹⁷ GUICHOT REINA, E.: «Límites a la transparencia y el acceso a la información», en Guichot Reina, E. (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Madrid: Tecnos, 2014, pág. 121.
- ¹⁸ En Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y Agencia Española de Protección de Datos: «Criterio interpretativo 2/2015. Aplicación de los límites al derecho de acceso a la información», de 3 de mayo de 2016, pág. 9, se afirma que los datos de identificación (nombre y apellidos) de los liberados sindicales son del 7.2 de la LOPDCP.

«datos relativos a la salud» (art. 8 LOPDCP), estos deben entenderse incluidos en la alusión al artículo 7.3 de la LOPDCP, que los enuncia entre otros¹⁹. Los «datos especialmente protegidos» comprenden los principales datos «íntimos», pero no todos. La LT revela ser consciente de este carácter parcialmente comprensivo de la información íntima al aludir a la afección a la intimidad en relación con datos no especialmente protegidos (art. 15.3 LT). De hecho, la LT pone de manifiesto que el régimen agravado a que se sujetan los «datos especialmente protegidos» en lo relativo a la exigencia de consentimiento no agota los datos de carácter personal de singular relevancia por lo que respecta a la proporcionalidad, pues también se enuncian otras categorías de datos no incluidas en el artículo 7 de la LOPDCP pero que requieren una ponderación más rigurosa.

Estas categorías configuran una tipología que hemos dado en denominar «datos cualificados», distintos de los «especialmente protegidos». Nos referimos a aquellos que en el artículo 15.3 d) de la LT se identifican como «datos que puedan afectar a la intimidad o seguridad de los afectados o se refieran a menores de edad»²⁰. No son «datos especialmente protegidos», ya que tal categoría es taxativa, pero de la expresión empleada se desprende claramente que son datos que exceden en trascendencia a los que se puede calificar como «meros datos de carácter personal». Aunque la justificación de una atención particularizada a este tipo de datos es clara, la categoría es problemática, no solo por la dificultad de concretar, a salvo el caso de los datos referidos a menores de edad, en qué supuestos un dato afecta a la intimidad o seguridad, sino también por la propia operatividad del derecho a la protección de los datos de carácter personal.

La trascendencia de los datos de carácter personal y lo que justifica su protección iusfundamental es el potencial que presentan esos datos al ser combinados (tratados). Un dato de carácter personal aisladamente considerado puede parecer o ser inocuo, pero la trazabilidad a que someten al titular al ser interrelacionados con otros exige su regulación. Este potencial lesivo se manifiesta en la eventualidad de configurar perfiles de personalidad que, en cuanto tales, pueden injerir en el derecho a la intimidad o a la libertad ideológica y religiosa. Eso supone que cualquier dato es susceptible, potencialmente, de afectar a la intimidad o a otros derechos si se combina con otra información²¹. Mas atender a esta circunstancia, ínsita a la idea de dato de carácter personal, para

¹⁹ Artículo 7.3 de la LOPDCP: «Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual solo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente».

De acuerdo con el artículo 5.1 g) de la RPDPC, son «datos de carácter personal relacionados con la salud», los «datos de carácter personal relacionados con la salud: las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo. En particular, se consideran datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética».

²⁰ Al respecto, en TRONCOSO REIGADA, A.: «Transparencia administrativa...», cit., pág. 79, se señala que «dentro de una zona de penumbra estarían determinados datos, que, si bien no son de ideología, religión o creencias, raza, salud o vida sexual, sí pueden afectar también a la intimidad, a la privacidad o a la libertad de las personas o condicionar la actuación de tercero sobre él».

²¹ El domicilio puede parecer inocuo, pero si lo es de una persona en riesgo, caso de la violencia de género, su potencial lesivo es enorme.

identificar los datos que pueden afectar a la intimidad o seguridad supondría desdibujar el propio concepto. Por ello ha de estimarse que el dato susceptible de afectar a la intimidad o seguridad es el que directamente, sin necesidad de combinarse con otros, proporciona información íntima o susceptible de afectar a la seguridad de la persona²².

Como novedad respecto de la LOPDCP, el artículo 15 de la LT emplea la expresión «datos meramente identificativos» (apdos. 2 y 3 c). Esta expresión evoca la de «documentos de carácter nominativo» del artículo 37.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC en adelante), en su redacción anterior a la dada por la LT²³. Al margen de los problemas suscitados por el empleo del término «documento» y no «dato», lo que podía deducirse del precepto es que el Legislador quiso hacer accesibles a terceros los datos de carácter personal no íntimos, por contraposición a lo regulado en el apartado segundo respecto de los íntimos²⁴. Podría pensarse en una traslación de tal criterio a la LT con apoyo en el adverbio «meramente», que apunta a una menor trascendencia de la información que incorporan tales datos, y, en línea con lo señalado respecto del artículo 37.3 de la LRJ-PAC, sostener que esos datos son los no especialmente protegidos ni íntimos, esto es, los que son de carácter personal, si se refieren a personas físicas, pero no aportan una información que revista una relevancia superior a la de cualquier dato de carácter personal sin matizaciones por la afección a otros derechos (intimidad, libertad ideológica, etc.). Sin embargo, esta hermeneusis resulta inadecuada porque, a diferencia de lo que sucedía con el artículo 37 de la LRJ-PAC, que parecía distinguir solo dos categorías (datos referentes a la intimidad de las personas y documentos [«datos»] de carácter nominativo que no incluyeran otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas), la LT permite diferenciar cuatro categorías de datos personales: los «especialmente protegidos», los «cualificados», los «meramente identificativos» y el resto de datos de carácter personal²⁵. No cabe equiparar, por ello, dato meramente identificativo a dato de carácter personal no sensible.

Se ha planteado la identificación de esa categoría de datos («meramente identificativos») en su previsión del 15.2 de la LT (es decir, relacionados con la organización, funcionamiento o actividad

²² Mantiene esta postura MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A.: *La cesión o comunicación de datos de carácter personal*, Madrid: Civitas, 2003, págs. 276 y 277.

²³ El carácter incomprensible del artículo 37.3 de la LRJ-PAC se apuntó en GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) I*, Madrid: Civitas, 1997, pág. 692.

²⁴ Esta interpretación se corresponde con el sentido que en el Derecho administrativo francés se atribuye al documento nominativo como «todo aquel que conlleva una apreciación o un juicio sobre una persona nominativamente designada o fácilmente identificable», MESTRE DELGADO, J. F.: *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos. Análisis del artículo 105 b) de la Constitución*, Madrid: Civitas, 1998 (segunda edición), págs. 160-161.

²⁵ La terminología empleada en la LRJ-PAC, inadaptada a la propia de la normativa de protección de datos de carácter personal, era muestra de la ignorancia recíproca entre ambas que se señaló en GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios...*, cit., pág. 695.

pública del órgano) con los datos previstos en el artículo 2.2 del RPDCP²⁶. Ciertamente esos datos están comprendidos en los meramente identificativos cuando se relacionan con el ámbito organizativo-funcional, pero la categoría de datos meramente identificativos no puede identificarse con la de los datos del 2.2 del RPDCP, porque la expresión no siempre se vincula al ámbito de la persona jurídica (así art. 15.3 c) LT) y porque los datos identificativos, incluso en el ámbito organizativo-funcional, pueden exceder de los previstos en el 2.2 del RPDCP²⁷. De hecho, si la categoría del 15.2 coincide con la del 2.2 del RPDCP, la referencia al derecho a la protección de datos carece de fundamento, ya que no están amparados por el derecho a la protección de los datos de carácter personal²⁸.

Se advierte, a este respecto, que la conexión de la categoría de los «datos meramente identificativos» con el ámbito organizativo-funcional ha provocado que la delimitación y aplicación de esta resulte confusa y se vea muy influenciada por el artículo 2.2 del RPDCP²⁹. Ciertamente este precepto parece adecuado, en principio, cuando se trata de concretar la categoría a los efectos del artículo 15.2 de la LT, mas resulta disfuncional al desvincularla de ese ámbito, ya que los datos en poder del sujeto obligado y no conectados a ese entorno organizativo-funcional no tienen por qué ser profesionales, como prevé el artículo 2.2 del RPDCP; e incluso resulta demasiado restrictivo desde el prisma del artículo 15.2 de la LT, pues un código identificativo del empleado público puede calificarse sin problema de dato meramente identificativo y quedaría, sin embargo, extramuros de la delimitación apuntada, como también su imagen³⁰.

Abogamos, por ello, por una interpretación de los «datos meramente identificativos» desligada del ámbito organizativo-funcional, de modo que permita aplicar el concepto tanto a este entorno como al ajeno a la organización, funcionamiento y actividad pública del órgano. Dicha hermeneusis debe asentarse en el carácter identificativo del dato de carácter personal, cualidad

²⁶ PIÑAR MAÑAS, J. L.: «Transparencia y protección de datos...», cit., págs. 60 y 61. Esta vinculación se apunta en GUICHOT REINA, E.: «Límites...», cit., pág. 134.

²⁷ A ello debe sumarse la interpretación restrictiva que debe hacerse del artículo 2.2 del RPDCP por suponer una exclusión de la titularidad de un derecho fundamental, como se indica en Agencia Española de Protección de Datos: «Informe 291/2008», pág. 2.

²⁸ Así se apunta en PIÑAR MAÑAS, J. L.: «Transparencia y protección de datos...», cit., págs. 60 y 61, y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: «De la opacidad...», cit., págs. 269 y 270.

²⁹ A ese precepto se alude en Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: «Resolución de reclamación presentada al amparo del artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», de 8 de julio de 2015, pág. 4, como respaldo a la interpretación de los datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad como «nombre, apellidos, dirección o teléfono».

³⁰ En esta línea, en Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y Agencia Española de Protección de Datos: «Criterio interpretativo 4/2015. Publicidad activa de los datos del DNI y de la firma manuscrita», de 23 de julio de 2015, pág. 5, tras aludir al artículo 2.2 del RPDCP, matiza que la definición de «datos meramente identificativos relacionados con la organización, el funcionamiento o actividad pública del órgano» podría «incorporar otros datos que identifican la posición del afectado dentro de la organización administrativa, como los relacionados con la identificación de su cargo o puesto de trabajo».

distinta de la circunstancia de que sea concerniente a una persona identificada o identificable. Más específicamente, cabe considerar «dato meramente identificativo» aquel que, sin suministrar información precisada de una protección más rigurosa (datos íntimos, especialmente protegidos, etc.), identifica «directamente» a la persona. Aunque todo dato de carácter personal permite identificar a la persona a la que concierne, pues, si así no fuera, sería un dato disociado, lo relevante a efectos de caracterizar la categoría de datos a que nos venimos refiriendo es que de las dos vías de identificación que contempla el artículo 5.1 o) del RPDCP (directa o indirecta) haga posible o se dirija a la primera. Así sucede con el nombre y apellidos, dirección, teléfono o dirección electrónica, imagen y claramente con el documento nacional de identidad.

Excluidas las categorías anteriores, quedan los demás datos de carácter personal, esto es, los que no son especialmente protegidos, ni cualificados, ni meramente identificativos. En definitiva, todos aquellos que se ajustan a la definición del artículo 3 a) de la LOPDCP sin que concurra circunstancia alguna que los caracterice especialmente. A ellos se refiere de forma genérica el artículo 15 de la LT al aludir a la posible afección al derecho a la protección de los datos de carácter personal a pesar de no concurrir datos especialmente protegidos (apartado tercero, párrafo primero).

2.3. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA COMO CESIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

Del artículo 2.1 de la LOPDCP se desprende que el «tratamiento» de los datos es necesario para la aplicación de la ley³¹. No basta con la presencia de datos de carácter personal, sino que es preciso que esos datos aparezcan vinculados a un tratamiento. Tal es así que la Agencia Española de Protección de Datos sostiene que, pese al tenor de dicho precepto, el elemento determinante es el «tratamiento» y no la constancia de los datos en un «soporte»³².

³¹ A tenor del artículo 2.1 de la LOPDCP: «La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado». En sentido coincidente, artículo 2.1 del RPDCP.

El concepto de «tratamiento de datos» viene definido en el artículo 3 c) de la LOPDCP, de acuerdo con el cual son «operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias», y en el artículo 5.1 t) del RPDCP, sustancialmente coincidente pero que amplía el conjunto de operaciones incluidas en el concepto, dando entrada a la «consulta» y a la «utilización».

Acerca de esta cuestión, PÉREZ GIL, J. y GONZÁLEZ LÓPEZ, J. J.: «La videovigilancia como diligencia de recogida de datos de carácter personal: una reflexión sobre sus repercusiones procesales», en Etxeberria Guridi, J. F. y Ordeñana Gezuraga, I. (coords.), *Videovigilancia. Ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados. En particular la protección de los datos personales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, págs. 294 y ss.

³² Es preferible referirse a «soporte» y no a «soporte físico» (como hace el art. 2.1 LOPDCP) porque el adjetivo resulta redundante. De acuerdo con la definición que proporciona el artículo 5.2 ñ) del RPDCP, es «soporte» el «objeto físico que almacena o contiene datos o documentos, u objeto susceptible de ser tratado en un sistema de información y sobre el cual se pueden grabar y recuperar datos».

Entre los conceptos «tratamiento», «soporte» y «fichero» existe una clara conexión³³. El «fichero» es un conjunto organizado de datos y cabe concluir que el «soporte físico» a que se refiere el artículo 2.1 de la LOPDCP es el objeto que lo contiene³⁴. En relación con ello, el tratamiento se presenta como las operaciones y procedimientos que organizan los datos del fichero, recogido en el soporte. Mas incluso la existencia de fichero se ha considerado innecesaria para que se aplique la normativa de protección de datos de carácter personal³⁵.

En realidad, más allá de la exigencia de fichero o no, que ha dado lugar a respuestas diversas por parte de la Agencia Española de Protección de Datos y la Audiencia Nacional, lo determinante es si el tratamiento es automatizado o no³⁶. Si el tratamiento no es automatizado, se requiere que los datos se traten y contengan o destinen a un «fichero»³⁷. En cambio, si el tratamiento es automatizado, la existencia del fichero no se considera precisa o se entiende ínsita en el propio tratamiento por su especial naturaleza³⁸.

Se afirma en Agencia Española de Protección de Datos: «Informe 0279/2009», que «la Ley Orgánica 15/1999 resultará de aplicación a todos los supuestos en los que exista un tratamiento de datos de carácter personal, definidos por el artículo 3 a) de la misma como "Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables"».

³³ El artículo 3 b) de la LOPDCP define «fichero» como «todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso». Por su parte, el RPDPC, en su artículo 5.1 k), lo define como «todo conjunto organizado de datos de carácter personal, que permita el acceso a los datos con arreglo a criterios determinados, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamientos, organización y acceso».

³⁴ De acuerdo con la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN, en adelante), Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de febrero de 2006, «todo fichero de datos exige para tener esta consideración una estructura u organización con arreglo a criterios determinados. El mero acúmulo de datos sin criterio alguno no podrá tener la consideración de fichero a los efectos de la ley». Doctrinalmente se advierte una cierta confusión entre «fichero» y «soporte», al afirmarse que «el fichero es el registro en el que se recoge y almacena el conjunto de datos que integra la información», VIZCAÍNO CALDERÓN, M.: *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Madrid: Civitas, 2001, pág. 76.

³⁵ Se asevera en Agencia Española de Protección de Datos: «Informe 0279/2009», que la LOPDCP y su reglamento son de aplicación «si se produce un tratamiento de datos con información concerniente a personas físicas identificadas e identificables [...] con independencia de si se crea o no un fichero».

³⁶ Agencia Española de Protección de Datos: «Informe 0279/2009» frente a SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de abril de 2009.

³⁷ Así se sostiene en la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de febrero de 2006, de acuerdo con la cual, «no basta, sin embargo, la realización de una de estas actuaciones [las enunciadas en la definición de «tratamiento» de la LOPDCP] en relación con los datos personales para que la ley despliegue sus efectos protectores y sus garantías y derechos del afectado. Es preciso algo más: que las actuaciones de recogida, grabación, conservación, etc. se realicen de forma automatizada o bien, si se realizan de forma manual, que los datos personales estén contenidos o destinados a un fichero». En el mismo sentido, SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de abril de 2009.

³⁸ En este sentido, la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de febrero de 2006, afirma que «en realidad la existencia del "fichero" en el sentido legal es siempre precisa para que un tratamiento de datos personales esté sujeto al sistema de protección de la ley. En los casos de tratamiento automatizado de datos –siempre sometidos a la ley– es difícil imaginar la inexistencia de un fichero (aunque no se exija expresamente) puesto que los datos que se tratan mediante sistemas automatizados lo son siempre bajo unos criterios de estructura u organización previa». Y la

De este modo, si cabe plantearse que el acceso a datos obrantes en poder de los sujetos obligados y no sujetos a tratamiento automatizado únicamente queda amparado por la normativa de protección de datos cuando figuran o se destinan a un fichero, el mero tratamiento automatizado (informático) conlleva necesariamente la sujeción a la LOPDCP³⁹. Ello unido a la próxima entrada en vigor de las previsiones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas (LPACAP en adelante), relativas a la Administración electrónica, que incluyen el archivo único electrónico, que supondrá que el acceso a la información pública, en un futuro, afectará en todo caso a datos incluidos en el ámbito de cobertura del derecho a la protección de los datos de carácter personal⁴⁰.

Apreciada la afcción al derecho a la protección de los datos de carácter personal, ha de concretarse el tipo de actuación que supone desde la óptica de tal derecho. La respuesta, como han señalado la Agencia Española de Protección de Datos y la doctrina, es la cesión de datos⁴¹. El motivo es que se comunican los datos a una persona (el solicitante de la información, en el caso del derecho de acceso a la información pública, o el destinatario de la información publicada, en el de la publicidad activa) distinta de la titular de los datos, el interesado a efectos de la normativa de protección de datos de carácter personal⁴². Es, a la luz del régimen del derecho indicado, una injerencia de especial gravedad, pues se refiere a datos ya tratados, de ahí la especial intensidad de los requisitos a que se sujeta⁴³.

Agencia Española de Protección de Datos, al contestar una consulta acerca de si los documentos incorporados a un soporte electrónico sin ningún orden lógico constituyen un fichero, sostiene que «en este caso además de acudir a la definición de fichero antes señalada, es preciso destacar que el archivo de documentos en un sistema informático lleva implícita una organización, así todo sistema informático permite hacer búsquedas de documentos, lo que en definitiva convierte a la carpeta en la que se incorporen los documentos como fichero, dado que se cumple con los criterios de la definición, se permite el acceso a los documentos con independencia de la forma o modalidad de su creación, organización, almacenamiento y acceso», Agencia Española de Protección de Datos: «Informe 0279/2009».

³⁹ Ello sin perjuicio de que pueda verse afectado el derecho a la intimidad aunque, por no existir tratamiento manual-estructurado en el caso de datos obrantes en soporte papel, no lo esté el derecho a la protección de los datos de carácter personal, como se señala en TRONCOSO REIGADA, A.: «Transparencia...», cit., págs. 44-46.

⁴⁰ Acerca de ello, CASARES MARCOS, A. B.: «Novedades en materia de administración electrónica en la nueva legislación administrativa básica», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 40, septiembre 2016, págs. 19-20.

⁴¹ Agencia Española de Protección de Datos: «Informe 160/2016. Divulgación cursos resoluciones datos obtenidos por acceso a información pública», PIÑAR MAÑAS, J. L.: «Transparencia y protección de datos...», cit., pág. 59, y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: «De la opacidad...», cit., pág. 248, entre otros.

A tenor del artículo 3 i) de la LOPDCP, es «cesión o comunicación de datos», «toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado», y del artículo 5.1 c) del RPDCP, «Tratamiento de datos que supone su revelación a una persona distinta del interesado».

⁴² De acuerdo con el artículo 3 e) de la LOPDCP, «afectado o interesado» es la «persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento a que se refiere el apartado c) del presente artículo». El artículo 5.1 a) del RPDCP lo define como la «persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento».

⁴³ La condición de actos más lesivos de estas operaciones es señalada en GAY FUENTES, C.: *Intimidad y tratamiento de datos en las Administraciones Públicas*, Madrid: Editorial Complutense, 1995, pág. 48.

Lo expuesto determina que hayan de atenderse los requisitos previstos en la LOPDCP para que la cesión que supone el acceso a la información pública sea admisible. Dos son los escenarios que se plantean: la comunicación consentida y la no consentida, a que dedicamos los siguientes epígrafes del presente trabajo.

3. CONSENTIMIENTO Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

A efectos del derecho a la protección de los datos de carácter personal ha de acudirse a la definición que del «consentimiento del interesado» proporciona el artículo 3 h) de la LOPDCP: «Toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen»⁴⁴. El consentimiento puede ser expreso (por escrito o no), tácito o presunto.

El artículo 15 de la LT se hace eco de las distintas exigencias que en lo tocante al consentimiento aparecen en la LOPDCP, pero también introduce algunas alteraciones sustanciales⁴⁵. Así, el apartado primero, en línea con el artículo 7.2 de la LOPDCP limita el acceso a los supuestos de consentimiento expreso y por escrito, mas con la salvedad de que el afectado «hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso»⁴⁶. De este modo, junto con el consentimiento expreso como legitimador de la cesión (acceso), admite el consentimiento tácito previo.

Hay que aclarar que el adjetivo «tácito» con que calificamos el consentimiento que revela la manifestación pública de datos no coincide con el concepto que del «consentimiento tácito» ha empleado la Agencia Española de Protección de Datos⁴⁷. Para la Agencia el consentimiento tácito es el que deriva de la omisión de oposición al tratamiento tras haber sido informado de que va a procederse al mismo, en tanto considera que el derivado de los «meros actos realizados por el afectado» es presunto. Esas concepciones son, sin embargo, rechazables, porque el consentimiento tácito se asocia al silencio o, más exactamente, a la omisión de oposición, que no tiene por qué implicar aquiescencia, mientras son justamente los actos concluyentes los que integran

⁴⁴ Idéntica definición se recoge en el artículo 5.1 d) del RPDCP. Los caracteres del consentimiento se analizan en Agencia Española de Protección de Datos: «Caracteres del consentimiento definido por la LOPD».

⁴⁵ A este respecto, se afirma en GUICHOT REINA, E.: «Límites...», cit., pág. 132, que «se ha seguido así la solución más acorde con la LOPD».

⁴⁶ Se apunta en PIÑAR MAÑAS, J. L.: «Transparencia y protección de datos...», cit., pág. 59, que se trata de una previsión coincidente con la del artículo 8.2 e) de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Cabe destacar, no obstante, que dicho precepto se refiere al «tratamiento», que es un concepto genérico, y no específicamente a la cesión.

⁴⁷ Agencia Española de Protección de Datos: «Caracteres del consentimiento definido por la LOPD».

el consentimiento tácito, ya que en esos actos se halla implícito el consentimiento, pues no se habrían efectuado de no concurrir el mismo. Es decir, la presunción es propia de la omisión de oposición, ya que se atribuye sentido favorable al tratamiento a una conducta (omisiva) que no necesariamente ha de tenerlo, frente a unos actos que conllevan consentimiento porque precisamente se llevan a cabo por la postura conforme con el tratamiento de quien los realiza.

El consentimiento materializado en la manifestación pública de los datos es, además, anterior al acceso. Esta circunstancia es especialmente relevante porque la LT consagra una prolongación del consentimiento posterior a la concreta revelación que publicitó la información y desligada del contexto específico en que esta tuvo lugar y de la motivación a que respondió. De este modo, una expresión pública de los datos que obedeció a un propósito determinado y se efectuó por el interesado convierte esos datos en públicos a efectos de su cesión por los sujetos previstos en la LT, lo que, otrosí, cualifica su comunicación, ya que no se limita a difundir unos datos ya difundidos, sino que les añade el dato de su constancia en poder de los sujetos indicados y en el marco de un tratamiento concreto (contratación, subvenciones, etc.).

La previsión de esa legitimación del acceso resulta rechazable por varios motivos. En una primera impresión se presenta como contraria al artículo 7.2 de la LOPDCP, precepto de una ley orgánica que no puede ser contradicho por una ley ordinaria como es la LT. Dicho precepto requiere consentimiento «expreso y por escrito», lo que claramente no es el caso de la publicitación que contempla el artículo 15.1 de la LT. Ciertamente el consentimiento es para que los datos sean «objeto de tratamiento», lo que podría dejar al margen la cesión de datos, que aunque es «tratamiento» en sentido genérico, es operación posterior a la recogida para el tratamiento a que alude el artículo 7.2 de la LOPDCP. Abonaría esta interpretación que el mismo apartado del artículo, al ocuparse del tratamiento por partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro de los datos relativos a sus asociados o miembros exija consentimiento para la cesión, sin requerir que sea expreso y por escrito. Mas una interpretación sistemática inclina a reclamar tales requisitos también en el supuesto de comunicación⁴⁸.

La objeción apuntada aparentemente se salva, no obstante, por la circunstancia de que, aunque se comparta, como se hace en este trabajo, que la revelación por el propio interesado es calificable de cesión, esa comunicación de datos no se encuadra en el ámbito de la protección de los datos de carácter personal cuando no se efectúa en el marco del tratamiento de datos. Esto es, si la revelación se realiza sin situarse en un contexto de tratamiento, la comunicación por el interesado no integra una comunicación de datos a efectos de la cesión de datos de carácter personal y, por tanto, no se sujeta a los requisitos propios de esta. El consentimiento, necesario en todo caso, no se exige por la injerencia en el derecho a la protección de los datos de carácter personal, que no existirá a menos que la recogida de los datos revelados lo sea para tratarlos, sino por la afec-

⁴⁸ Así se entiende en Agencia Española de Protección de Datos: «Publicación en una revista de los datos relativos a afiliados a un partido político. Informe 0382/2005».

ción a otros derechos fundamentales (intimidad, libertad ideológica o religiosa). No es preciso, en consecuencia, que sea expreso y por escrito.

Ahora bien, lo anterior no implica que el consentimiento plasmado en la revelación de la información la convierta en pública y excluya la exigencia de consentimiento para cualquier comunicación de esa información en lo sucesivo. También en el supuesto de afección a la intimidad o a la libertad ideológica el consentimiento debe relacionarse con el principio de finalidad. El consentimiento (la manifestación pública) lo es con una finalidad determinada que es la que legitima en ese caso, y solo para esa finalidad, el acceso a la información por terceros⁴⁹. Cualquier empleo desvinculado de esa finalidad pero amparado en el conocimiento de esa información debe estar dotado de una legitimación específica⁵⁰. Y, por la misma razón, la revelación para esa finalidad no justifica ulteriores revelaciones⁵¹.

La relevancia de lo anterior se muestra en toda su amplitud al abordar la comunicación de datos por los sujetos previstos en la LT. La revelación previa de esos datos por el afectado no puedes desligarse de su contexto y finalidad y no convierte los datos en públicamente accesibles. De hecho, la jurisprudencia exige el consentimiento incluso en el caso de datos específicamente calificados por la LOPDCP de «fuentes accesibles al público»⁵². En consecuencia, la manifesta-

⁴⁹ Como se advierte en GUERRERO PICÓ, M.ª C.: *El impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal*, Cizur Menor (Navarra): Thomson/Civitas, 2006, pág. 267, «desde el momento en que concurre el consentimiento tácito del interesado el responsable del tratamiento quedaría vinculado por el principio de finalidad».

⁵⁰ Así lo advierte la STC de 7 de noviembre de 2011, de acuerdo con la cual «la autorización que el recurrente prestó para el acceso a su ordenador al propietario del establecimiento de informática, en la forma expuesta, no puede extenderse al posterior acceso a los archivos por parte de la Policía. Tal como hemos afirmado anteriormente, el derecho a la intimidad personal se vulnera también cuando, aun autorizada su intromisión en un primer momento, se subvierten después los términos y el alcance para el que se otorgó. Como hemos visto, en el presente caso el alcance de la autorización dada se circunscribía a la manipulación por parte de dicho profesional del portátil para que procediera a la reparación del equipo informático, lo que no puede erigirse en legitimación para una intervención posterior realizada por personas distintas y motivada por otros fines. Lo contrario significaría asignar a un acto concreto de autorización una eficacia genérica *erga omnes* y temporalmente indeterminada, argumento que, sin duda, se revela contrario a los márgenes de disponibilidad de los derechos fundamentales, basados en la voluntad de su titular y cuyo alcance solo a él corresponde delimitar. Esta conclusión aparece, además, avalada por la circunstancia de que los funcionarios policiales no se limitaron, una vez incautado el ordenador, a acceder, tal y como había efectuado el denunciante, a la carpeta "mis documentos" del usuario, sino que ampliaron sus análisis supervisando en particular la carpeta "eMule/Incoming" como hemos dicho», lo que suscita la necesidad de «analizar si, en todo caso, su actuación ha podido estar motivada por la concurrencia de otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de forma que se aprecie una justificación objetiva y razonable para la injerencia en su derecho a la intimidad personal».

⁵¹ Rechazamos por ello que, como se afirma en GUICHOT REINA, E.: «Límites...», cit., pág. 140, que «una vez concedida la información a cualquier solicitante este puede hacerla circular libremente a personas en quienes no concurran estas condiciones».

⁵² Las «fuentes accesibles al público» se definen en el artículo 3 j) de la LOPDCP como «aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación. Tienen la consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas

ción pública no convierte los datos en públicos ni el consentimiento que esta implicó puede proyectarse más allá de esa manifestación para una revelación posterior y autónoma, por ser diferente de esta anterior. No en vano el consentimiento definido por la LOPDCP debe ser «específico». Además ha de tenerse presente que, a diferencia de la revelación por el afectado, la efectuada por uno de los sujetos de la LT sí se enmarca generalmente en un tratamiento precedente que motiva la restricción del derecho a la protección de los datos de carácter personal.

Se concluye que el artículo 15.1 de la LT ha incorporado una excepción al consentimiento no prevista que no encuentra acomodo en el artículo 11.2 a) LOPDCP dada la especialidad del artículo 7.2 de la LOPDCP y la exigencia en todo caso de consentimiento para la cesión que se desprende en dicho precepto⁵³. Lo aconsejable es, por tanto, que se exija consentimiento expreso y por escrito, a pesar de la previsión legal, y que, al menos en cualquier caso, se pondere muy especialmente, a falta de ese consentimiento⁵⁴.

La omisión de la salvedad expuesta para los datos del artículo 7.3 de la LOPDCP es indicativa de que no se contempla como una excepción general, sino que el Legislador ha estimado que ha de establecerse concretamente. No cabe, por ende, revelar datos del 7.3 aunque se hayan hecho manifestamente públicos con anterioridad, y ello a pesar de que el artículo 7.3 sí habilita

pertencientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación». A ellas se refiere el artículo 7 del RPDCP.

A este respecto, la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de septiembre de 2013, con apoyo en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 24 de noviembre de 2011 y en un pronunciamiento anterior de la misma, mantiene que «conforme a la Sentencia del TJCE, el que los datos figuren en fuentes accesibles al público no es un criterio válido para excluir la necesidad de consentimiento del titular de los datos –ni para exigirlo forzosamente–, sino que en aplicación del artículo 7 f) de la Directiva, deben ponderarse dos elementos fundamentales: a) Si el tratamiento de los datos es necesario para satisfacer un interés legítimo (del responsable de los datos o del cesionario); b) Y si han de prevalecer o no los derechos fundamentales del interesado, esencialmente referidos a su derecho a la protección de datos personales. Ponderación de intereses en conflicto que dependerá de las circunstancias concretas de cada caso en la que, no obstante, sí puede tomarse en consideración, a efectos de determinar la posible lesión de los derechos fundamentales del afectado, el hecho de que los datos figuren ya, o no, en fuentes accesibles al público. Mas ello, simplemente, como un elemento más de ponderación». Precisamente por ello el Tribunal Supremo, en Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de febrero de 2012, anuló el artículo 10.2 b) de la RPDCP, que exceptuaba del consentimiento del interesado la cesión cuando "Los datos objeto de tratamiento o de cesión figuren en fuentes accesibles al público y el responsable del fichero, o el tercero a quien se comuniquen los datos, tenga un interés legítimo para su tratamiento o conocimiento, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado)". En sentido coincidente, TRONCOSO REIGADA, A.: «Transparencia administrativa y protección de datos personales», en Troncoso Reigada, A. (dir.), *Transparencia...*, cit., pág. 85.

⁵³ El artículo 11.2 a) de la LOPDCP, al que retornaremos, dispone que «el consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso: Cuando la cesión está autorizada en una ley».

⁵⁴ En MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: «De la opacidad...», cit., pág. 268, se reclama que los datos que se comuniquen al amparo de esa excepción tengan relación con el ámbito competencial de la Administración que los facilite, que se exija proporcionalidad entre la información cedida y el fin que se persigue con la transparencia y que se haga un esfuerzo de diligencia en la obtención del consentimiento o preservación de los derechos del afectado.

a la ley para establecer supuestos de cesión no consentidas. De este modo la LT establece para unos datos más sensibles una posibilidad de injerencia excluida respecto de otros más accesibles a tenor de la normativa de protección de datos.

El artículo 15.1, párrafo segundo, LT aparentemente se ajusta a las previsiones del artículo 7.3 de la LOPDCP, que hace referencia expresa a la cesión, al limitar el acceso a los supuestos de consentimiento expreso o previsión en norma con rango legal. Por lo que respecta al consentimiento, no existe objeción alguna. En cambio, la sustitución de la alusión a ley por norma con rango de ley supone una extralimitación en relación con la LOPDCP que debe rechazarse, ya que se aparta de lo previsto expresamente en una ley orgánica y, además, en materia de derechos fundamentales la interpretación debe ser estricta. No resulta admisible, por ello, que se acuda a las normas con rango de ley para admitir accesos no admitidos por ley. En cuanto a la omisión de la exigencia de que la cesión prevista por ley lo sea «por razones de interés general», puede salvarse a través de una hermenéutica sistemática de ambas normas (LT y LOPDCP) que conduzca a entender que la norma con rango de ley a que se refiere el artículo 15.1 de la LT debe reunir los requisitos del artículo 7.3 de la LOPDCP: ley (no norma con rango de ley) que prevé la cesión «por razones de interés general». Por lo demás, únicamente interesa destacar que, en caso de ausencia de consentimiento, el acceso en realidad no lo es con apoyo en la LT, sino en la ley que contemple la cesión incontestada, pues será esta la que permita la cesión y a sus requisitos a los que habrá de sujetarse la cesión.

El artículo 15 de la LT no invoca el consentimiento en relación con el resto de datos de carácter personal, lo que no implica que no legitime el acceso. Dado que el acceso es, desde la óptica del derecho a la protección de los datos de carácter personal, una cesión y la LOPDCP prevé la cesión consentida en su artículo 11.1, la revelación de los datos no especialmente sensibles podrá ampararse en la anuencia del afectado. A este respecto, el trámite de alegaciones previsto en el artículo 19.3 de la LT se presenta como una ocasión adecuada para que el titular de los datos consentiera su comunicación.

En cuanto a los requisitos del consentimiento, no es necesario, en línea con el criterio de la Agencia Española de Protección de Datos, que sea expreso, pero resulta complejo plantearse un supuesto de consentimiento tácito en el sentido indicado de actos concluyentes y no en el de silencio a que aludió la Agencia. Al no solicitarse la revelación del interesado sino de un tercero en cuyo poder obran los datos, los requisitos del consentimiento, que además de «libre» e «inequívoco», requieren que sea «específico» e «informado», determinan que el interesado deba conocer esa concreta cesión interesada, con lo que, para satisfacer estas condiciones, al menos deberá ser informado del acceso pretendido y tener la oportunidad de oponerse. La manifestación pública previa de los datos no satisface estas exigencias por los motivos que ya expusimos.

4. PROPORCIONALIDAD Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

Contemplado el acceso a la información desde la óptica del derecho a la protección de los datos de carácter personal, junto al consentimiento como elemento legitimador del acceso, y en su

defecto, se sitúa la habilitación que prevé el artículo 11.2 a) de la LOPDCP: la autorización por una ley. En este caso, la ley es precisamente la LT, que al contemplar la facilitación de la información de resultados del ejercicio del derecho de acceso permite la cesión de los datos de carácter personal incluidos en esa información.

La habilitación legal no es, sin embargo, suficiente para que el acceso sea conforme al derecho derivado del artículo 18.4 de la CE. Resulta preciso asimismo que exista equilibrio entre el sacrificio que implica la obtención de la finalidad perseguida con la cesión y el interés de esa finalidad, lo que en el supuesto de la LT supone que se ha de alcanzar entre el escrutinio público de los poderes públicos y la restricción del derecho a la protección de los datos de carácter personal⁵⁵. Ello conlleva la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad⁵⁶.

El artículo 15 de la LT solo prevé expresamente la ponderación en su apartado tercero, si bien también se contempla en el segundo, al aludir a la eventual prevalencia del derecho a la protección de los datos de carácter personal, que implica el necesario contraste con el interés en la divulgación de la información. En cambio no hay mención más o menos manifiesta en el apartado primero, lo que no supone que no deba aplicarse. A salvo los supuestos de consentimiento, que legitima por sí mismo la cesión, en todos los casos de restricción del derecho derivado del artículo 18.4 de la CE es preciso efectuar una ponderación, ya que cualquier limitación de un derecho fundamental se halla condicionada a la existencia de otro derecho fundamental o un bien constitucionalmente protegido que justifique su restricción en el caso concreto. En consecuencia, aunque la LT no lo recoja expresamente, ha de concluirse que también en el caso de cesión de datos especialmente protegidos ha de efectuarse una ponderación y que solo cuando esta se decante por el interés que legitima el acceso habrá de revelar los datos.

Ocurre, sin embargo, que la cesión de datos especialmente protegidos solo está prevista en la LOPDCP con consentimiento expreso y por escrito para los del apartado segundo del artículo 7 y con consentimiento o habilitación legal para los del 3⁵⁷. Por ello la ponderación se limita, en atención a la regulación de la LOPDCP, a la que ha de efectuarse de acuerdo con lo previsto en la ley habilitante de la cesión en el caso del artículo 7.3 de la LOPDCP. Y en atención a la LT también ha de tener lugar en caso de acudir a la legitimación que implica la manifestación pública previa de los datos, dado que esa manifestación no excluye el carácter restrictivo del acceso concreto⁵⁸.

⁵⁵ Como se señala en TRONCOSO REIGADA, A.: «Transparencia...», cit., págs. 98 y 99, «la clave es tratar de alcanzar este interés público –que justifica el acceso a la información administrativa– con el menor nivel de injerencia, con la menor restricción posible del derecho fundamental a la protección de datos personales». En PIÑAR MAÑAS, J. L.: «Transparencia y protección de datos...», cit., pág. 59, se afirma que «esta ponderación es quizá la clave de bóveda y al mismo tiempo el caballo de Troya de la relación y convivencia entre acceso a la información y protección de datos».

⁵⁶ Es lo que se sostiene en TRONCOSO REIGADA, A.: «Transparencia...», cit., pág. 63.

⁵⁷ Ello sin contar con la legitimación del artículo 7.6 de la LOPDCP de que no nos ocupamos por no ser relevante para el presente estudio.

⁵⁸ Así se afirma en PIÑAR MAÑAS, J. L.: «Transparencia y protección de datos...», cit., pág. 60.

Aplicado el principio de proporcionalidad, el acceso a la información pública, en su manifestación limitadora del derecho a la protección de los datos de carácter personal, debe someterse a examen desde la óptica de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad⁵⁹.

El amplio alcance con que se configura el acceso a la información pública, derivado de la finalidad a que se orienta, limita la influencia del subprincipio de idoneidad. La LT, aunque contempla la motivación de la solicitud como factor audible para resolver sobre ella, no la exige (art. 17.3). En virtud de ello, la adecuación de la solicitud solo puede examinarse claramente en función de la delimitación subjetiva y objetiva de la información publicitable que realiza la LT, de modo que la petición es inidónea si no se dirige a sujetos obligados o se refiere a datos no sujetos al deber de publicidad pasiva.

El subprincipio de necesidad tiene manifestaciones en el acceso parcial (art. 16 LT) y en la disociación (art. 15.4). Ambos supuestos pueden responder a una restricción del acceso por prevalencia del derecho a la protección de los datos de carácter personal que supone la frustración de parte de la información pretendida, pero también pueden responder a la innecesidad de proporcionar todos o algunos de los datos de carácter personal para satisfacer el objetivo de ser informado sobre una cuestión determinada, en cuyo caso se evita total o parcialmente la restricción del derecho derivado del artículo 18.4 de la CE sin que se perjudique el acceso a la información. Sucede, sin embargo, que para que el acceso parcial o la disociación se presente como una alternativa no restrictiva del derecho a la protección de los datos de carácter personal e igualmente eficaz para el acceso a la información pública es preciso conocer qué se persigue con el acceso, lo cual solo es posible en la medida en que el solicitante lo manifieste o se desprenda claramente del contraste de la información solicitada con la finalidad de escrutinio público. En consecuencia, será habitual que el acceso parcial o disociación deriven de la prevalencia del derecho derivado del artículo 18.4 de la CE de resultados de la aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto y no del de necesidad⁶⁰.

En cuanto al principio de proporcionalidad en sentido estricto, los intereses en conflicto (acceso a la información como medio para el control de los poderes públicos y derecho a la pro-

⁵⁹ Acerca del principio de proporcionalidad, PEDRAZ PENALVA, E.: «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», en Pedraz Penalva, E.: *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid: Akal, 1990, págs. 313-376.

⁶⁰ En el caso examinado en Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: «Resolución de reclamación presentada al amparo del artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», de 5 de septiembre de 2016, 8 de julio de 2015, págs. 6 y 7, en que, tras descartar que la información correspondiente al número de funcionarios con prórroga de servicio activo hasta los 70 años de edad que existen en los distintos centros y puestos de trabajo se pueda encuadrar taxativamente en la categoría de datos correspondientes a la organización, funcionamiento y actividad de los órganos públicos, otorga prevalencia al derecho a la protección de los datos de carácter personal con el argumento de que «a juicio de esta Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, de la información proporcionada por la Administración se desprende claramente el porcentaje de empleados públicos destinados en centros penitenciarios españoles que se encuentran en prórroga del servicio activo, de tal manera que permite cubrir el interés alegado por el colectivo que presenta la solicitud sin incidir de manera negativa en la esfera personal de los funcionarios públicos. Por ello, considera que el derecho de acceso a la información ha sido debidamente atendido», ha de estimarse ejemplo de aplicación del subprincipio de necesidad.

tección de los datos de carácter personal) ven reflejada su mayor o menor intensidad en una serie de factores que seguidamente abordamos y que son los llamados a decantar la fricción a favor de uno u otro. Estos factores se reflejan en los criterios de ponderación que recoge el artículo 15 de la LT, que no son, sin embargo, exhaustivos⁶¹. Y ha de señalarse que, con independencia de los factores y criterios subsiguientes que se determinen, el análisis es, en última instancia, inevitablemente casuístico, no obstante lo cual no ha de infravalorarse la utilidad de ofrecer pautas que orienten la ponderación⁶².

4.1. FINALIDAD DEL ACCESO

Así como el tipo de dato de carácter personal es el factor clave para determinar la injerencia desde la óptica del derecho a la protección de los datos de carácter personal, la finalidad del acceso lo es para identificar la trascendencia del interés en la consecución de la información solicitada.

La finalidad puede examinarse desde un prisma público o privado, en función de si responde al propósito a que se vincula con carácter general el acceso (el escrutinio público) o se relaciona con un objetivo particular del solicitante⁶³. Sucede, como ya se expuso, que la finalidad concreta no siempre se conoce, ya que su revelación al órgano encargado depende de la voluntad del peticionario, que no está obligado a ello.

La finalidad pública, que se halla constreñida por los límites subjetivos y objetivos fijados por la propia LT, ha de ponerse en relación con la información solicitada a fin de determinar el grado en que los datos pretendidos responden al fin de escrutinio público y contribuyen a lograrlo. De este modo, complementado con la identificación de la intensidad de la injerencia en el derecho a la protección de los datos de carácter personal, la apreciación de una escasa contribución a la finalidad de escrutinio público puede justificar el acceso parcial o la disociación de datos como medio para evitar una restricción del derecho que no resulta justificada por el liviano interés para el escrutinio público.

⁶¹ PIÑAR MAÑAS, J. L.: «Transparencia y protección de datos...», cit., pág. 60.

⁶² La casuística del análisis de apunta en Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y Agencia Española de Protección de Datos: «Criterio interpretativo 1/2015. Alcance de las obligaciones de los órganos, organismos y entidades del sector público estatal en materia de acceso a la información pública sobre sus Relaciones de Puestos de Trabajo (RPT), catálogos, plantillas orgánicas, etc. y las retribuciones de sus empleados o funcionarios», de 24 de junio de 2015, pág. 3, respecto de las cuestiones abordadas en dicho criterio.

⁶³ Este escrutinio puede proyectarse también sobre la propia aplicación de la LT, como se aborda en Agencia Española de Protección de Datos: «Informe 160.2016. Divulgación cursos resoluciones datos obtenidos por acceso a información pública», pág. 7, en que se indica que «de este modo, el legislador considera que el conocimiento de los criterios de aplicación de la Ley no exige en ningún supuesto el acceso público a ningún tipo de información referida a personas físicas identificadas o identificables, quedando ese conocimiento suficientemente garantizado mediante el conocimiento de los criterios que justifican el otorgamiento o denegación del acceso solicitado».

Debe diferenciarse, ahondando en lo anterior, entre el interés público ínsito en la transparencia y, más concretamente, en el escrutinio público a que responde el acceso a la información pública como fundamento de dicho derecho y ese interés como factor de ponderación. La transparencia justifica el acceso con carácter general y no tiene más límites, caso de no afectar a otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos (los enunciados en el art. 14.1 LT), que su ajuste a los límites subjetivos y objetivos que delimitan el derecho y se relacionan con las causas de inadmisión del artículo 18 de la LT. Mas no es suficiente, por sí sola, para legitimar la restricción de bienes o derechos fundamentales, como es el derecho a la protección de los datos de carácter personal. Esto es, no basta apelar a la transparencia para conseguir información personal, sino que habrá que examinar el grado en que se contribuye a la transparencia para determinar si este justifica el sacrificio del derecho. De ahí que se haya reclamado que, en tanto que límite del derecho derivado del artículo 18.4 de la CE, no basta el principio genérico de transparencia administrativa, sino que el acceso debe estar vinculado a la garantía de otros derechos fundamentales o la existencia de un interés público⁶⁴. En realidad, el interés público existe por el solo hecho de ajustarse a la delimitación subjetiva y objetiva que realiza la LT; lo relevante es el grado de interés⁶⁵.

La fijación del interés es, en todo caso, necesariamente abstracta cuando de la finalidad pública se trata, pues aunque el solicitante motive el objetivo que persigue lograr con la obtención de la información y este se relacione con el control de los poderes públicos, la perspectiva no puede ser la del peticionario, sino la de si esa información resulta relevante, desde una óptica genérica, para el escrutinio público. Ello es justamente lo que permite diferenciar el interés público del privado.

Ese interés público como finalidad del acceso se manifiesta en la previsión del artículo 15.2 de la LT, al prever el ámbito organizativo-funcional como factor que, combinado con el de los «datos meramente identificativos» decanta con carácter general la ponderación a favor del acceso. Dado que la finalidad pública se corresponde con el escrutinio de los poderes públicos, el que la información se incardine en la «organización, funcionamiento o actividad pública del órgano» conduce a considerar que la petición de acceso se corresponde, *a priori*, con el interés público en la divulgación.

La dificultad que se plantea es cómo delimitar ese ámbito organizativo-funcional, ya que en función de la interpretación que se adopte podría proyectarse sobre la totalidad de la información en poder de los sujetos previstos en la LT. La «organización» no es el concepto más problemático, pues puede entenderse como la estructuración de los órganos administrativos en función de su nor-

⁶⁴ TRONCOSO REIGADA, A.: «Transparencia...», cit., pág. 88

⁶⁵ Como se dice *ibidem*, pág. 89, «hay que analizar en qué medida el acceso a documentos administrativos y la publicidad de información a iniciativa de la Administración son necesarios para garantizar una mayor imparcialidad y objetividad de la Administración, para favorecer la igualdad en las relaciones con la Administración y los particulares, para hacer posible la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos y el control democrático del poder público y para favorecer la libertad de información sobre asuntos públicos».

mativa y en atención a los fines que les fija el ordenamiento. La información de carácter personal correspondiente a la organización es la propia de los servidores públicos que se integran en ella⁶⁶.

Mayores complicaciones plantean el «funcionamiento» y «actividad pública», pues una interpretación extensiva podría conducir a entender que toda información en poder de los sujetos del artículo 2.1 de la LT se somete al artículo 15.2 de la misma ley, lo que haría innecesaria la matización de que los datos nominativos han de referirse a la organización, funcionamiento o actividad pública, pues bastaría referirse a los datos nominativos, y tampoco tendría sentido la previsión del artículo 15.3 c) de la LT. A este respecto, no ha de olvidarse que la actividad sujeta a control es la «pública», en el sentido de vinculada a fines públicos, no la privada que algunos de estos sujetos puede desarrollar, como confirma la limitación a las actividades sujetas a Derecho administrativo en el caso de las corporaciones de Derecho público (art. 2.1 e) y la Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial, el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas (art. 2.1 f)⁶⁷. Una hermenéusis como la indicada no es admisible, pues supondría que cualquier persona, por el hecho de relacionarse de cualquier modo con los sujetos del artículo 2.1 de la LT, ha de someterse a una subordinación, en principio, de su derecho a la protección de los datos de carácter personal al acceso a la información, lo que no se ajusta al carácter prevalente del derecho fundamental ni a la finalidad de escrutinio público que justifica la preferencia del acceso en el ámbito organizativo-funcional.

Lo adecuado es considerar que el artículo 15.2 de la LT se refiere a la información que se corresponde con la organización de los sujetos del artículo 2.1 de la LT, sea contemplada desde un punto de vista estático (organización) o dinámico (funcionamiento o actividad)⁶⁸. Esta información no se constriñe a las personas integradas en la organización del sujeto obligado, sino que también debe extenderse a la de personas distintas que se relacionan instrumentalmente con el órgano para hacer posible su actividad o función, cual es el caso de los concesionarios de servicios públicos o adjudicatarios de contratos de dichos órganos, es decir, de aquellas que contribuyen al funcionamiento o actividad del sujeto del artículo 2.1 de la LT⁶⁹.

⁶⁶ En este sentido, en Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: «Resolución de reclamación presentada al amparo del artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», de 8 de septiembre de 2016, págs. 6 y 7, se rechaza que el nombre y apellidos de los condecorados como «comisario honorífico» encajen en la categoría de datos correspondientes a la organización, funcionamiento y actividad de los órganos, pues se refieren a personas que no pertenecen al Cuerpo Nacional de Policía.

⁶⁷ En el caso de los entes instrumentales su actividad «pública» obedece a su carácter instrumental.

⁶⁸ Es claramente el caso de la información referida a la relación de puestos de trabajo, catálogo o plantilla orgánica, como se señala en Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y Agencia Española de Protección de Datos: «Criterio interpretativo 1/2015. Alcance de las obligaciones de los órganos, organismos y entidades del sector público estatal en materia de acceso a la información pública sobre sus Relaciones de Puestos de Trabajo (RPT), catálogos, plantillas orgánicas, etc. y las retribuciones de sus empleados o funcionarios», de 24 de junio de 2015, pág. 3.

⁶⁹ En esta línea, GUICHOT REINA, E.: «Límites...», cit., págs. 134 y 135, que señala su conexión con el ámbito de la publicidad activa.

El que se abogue por una concepción restrictiva del ámbito organizativo-funcional, que excluye la información relativa a personas no enmarcadas en su organización, sea directa o instrumentalmente, aunque se hallen vinculadas a la actividad de los sujetos obligados (caso de los beneficiarios de ayudas o subvenciones) no genera el riesgo de que determinados datos resulten más difícilmente accesibles. Ha de tenerse presente, al respecto, que un gran volumen de esa información exceptuada de ese ámbito, así entendido, se encuentra disponible merced a la publicidad activa, también amparada en la habilitación del artículo 11.2 a) de la LOPDCP⁷⁰.

El ámbito organizativo-funcional de adscripción de los datos determina que, de ser datos meramente identificativos, deba facilitarse el acceso con carácter general, pero no es su único efecto en lo tocante a la ponderación. La relación con ese ámbito también es susceptible de tomarse en consideración como factor de ponderación en caso de datos que no son de los calificables como meramente identificativos, pues el que en ese supuesto la fricción no haya de resolverse *a priori* a favor del acceso no implica que esa pertenencia a la esfera organizativo-funcional no constituya una circunstancia que pueda contribuir a inclinar la ponderación del lado de la divulgación de la información en el caso concreto, al ser indicativa del interés público en el escrutinio de los poderes públicos.

En esa esfera organizativa-funcional ha de situarse el papel que desempeña en ella el afectado. Es lo que se ha concluido respecto de las retribuciones⁷¹. También respecto de la firma manuscrita de quienes ocupen cargos públicos⁷². La mayor responsabilidad, jerarquía o poder de decisión del titular de los datos es indicativa del mayor interés público en el conocimiento de la información y, por tanto, se erige en un dato favorable al acceso en contraste con otros derechos o bienes involucrados⁷³. A la inversa, la no incorporación a ese ámbito de la persona cuyos datos

⁷⁰ Así, los beneficiarios de subvenciones son objeto de publicidad activa por mandato del artículo 8.1 c) de la LT, como lo son los adjudicatarios de los contratos (art. 8.1 a), que sí incluimos en el ámbito organizativo-funcional.

⁷¹ Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y Agencia Española de Protección de Datos: «Criterio interpretativo 1/2015. Alcance de las obligaciones de los órganos, organismos y entidades del sector público estatal en materia de acceso a la información pública sobre sus Relaciones de Puestos de Trabajo (RPT), catálogos, plantillas orgánicas, etc... y las retribuciones de sus empleados o funcionarios», de 24 de junio de 2015, pág. 4, en que se afirma que «con carácter general, cuando el empleado público ocupe un puesto de especial confianza, un puesto de alto nivel en la jerarquía del órgano, organismo o entidad o un puesto que se provea mediante un procedimiento basado en la discrecionalidad, ha de entenderse que prima el interés público sobre los derechos a la intimidad o la protección de datos de carácter personal. Y ello porque, en los tres casos, el interés de los ciudadanos por conocer las retribuciones de los empleados públicos que ocupan ese tipo de puestos conecta directamente con su derecho a conocer el funcionamiento de las instituciones públicas y el modo en que se emplean los recursos públicos y prima sobre el interés individual en la preservación de la intimidad o de los datos de carácter personal», y lo concreta en el personal eventual de asesoramiento y especial confianza, personal directivo y personal no directivo de libre designación, si bien respecto de este último con una graduación en atención al nivel jerárquico.

⁷² Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y Agencia Española de Protección de Datos: «Criterio interpretativo 4/2015. Publicidad activa de los datos del DNI y de la firma manuscrita», de 23 de julio de 2015, pág. 6.

⁷³ Al respecto, se mantiene en TRONCOSO REIGADA, A.: «Transparencia...», cit., pág. 92, que «la valoración acerca de la existencia de un interés público también ha de tener en cuenta al titular de los datos personales que va a ser

se verían afectados por el acceso se erige en circunstancia proclive a la prevalencia del derecho a la protección de los datos de carácter personal⁷⁴.

Contemplado desde la óptica del solicitante, la finalidad pública también justifica que se tome en consideración como factor de ponderación la identidad del peticionario, más exactamente el papel que desempeñan determinados sujetos o colectivos. Es el caso de los medios de información, pero también de organizaciones como sindicatos, asociaciones ecologistas, etc., que están llamados a contribuir a la formación de una opinión pública libre o defender intereses colectivos⁷⁵. Por ello, la formulación de la solicitud por tales sujetos y su conexión con el ámbito propio de su actividad debe contemplarse como circunstancia favorable al acceso, por indicativa de interés público.

Junto con la finalidad o interés público, la LT también contempla como factor de ponderación el eventual interés privado del peticionario. Así se constata en el artículo 14.2 de la LT, referido a los límites de forma de genérica, en que se dispone que «la aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique *el ac-*

objeto de acceso, especialmente si se trata de un sujeto vinculado a la actividad política o que ejerce actividades públicas».

⁷⁴ Es lo que sucedió en Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: «Resolución de reclamación presentada al amparo del artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», de 11 de enero de 2017, págs. 12 y 13, en que se afirma que «el conocer los curriculum vitae de los candidatos presentados pero no finalmente propuestos, a nuestro juicio, implicaría un perjuicio en su derecho a la protección de datos de carácter personal avalado tan solo y de forma insuficiente por su participación en un proceso selectivo en el que finalmente no fueron elegidos». Más claramente se expresa en Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: «Resolución de reclamación presentada al amparo del artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», de 2 de diciembre de 2015, pág. 6, al señalar que «debemos recordar que si bien se trata de datos meramente identificativos (nombre y apellidos), no obstante, se refieren a candidatos o participantes cuya incorporación a una sociedad mercantil estatal, es decir, con participación pública mayoritaria –en este caso del 100%– no ha sido confirmada. Es decir, el conocimiento de esta información no está vinculado con la organización de la entidad porque precisamente lo que se solicita son los datos de personas que no se han incorporado a la entidad porque el proceso en el que participaron no culminó con su incorporación a la plantilla de personal de la entidad. Por ello, debe concluirse que la información objeto de solicitud puede proporcionarse pero solo de manera anonimizada o disociada». Y en sentido coincidente, Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: «Resolución de reclamación presentada al amparo del artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», de 8 de julio de 2015, págs. 6 y 7, en que se señala que «respecto de la valoración de si los datos solicitados pueden considerarse como meramente identificativos relacionados con la organización el funcionamiento o la actividad pública del órgano o entidad correspondiente, no parece posible concluir que tengan tal consideración. En efecto, los datos personales afectados ni siquiera pertenecen a un miembro de la organización y, aunque se trata de información en poder del organismo que recibió tal solicitud, no está estrictamente relacionada con su actividad pública, entendida tal como las funciones o competencias que tienen atribuidas y son desempeñadas por el mismo».

⁷⁵ A la formación de una opinión pública libre como elemento de ponderación se refiere TRONCOSO REIGADA, A.: «Transparencia...», cit., pág. 90.

ceso». Específicamente en relación con el derecho a la protección de los datos de carácter personal, la LT menciona dos en su artículo 15.3 b): el ejercicio de un derecho y la condición de investigador y finalidad asociada a esta, pero no tienen por qué limitarse a ellos⁷⁶.

La regulación del derecho de acceso a la información pública como una facultad no precisada de motivación por dirigirse al escrutinio público y, por ello, proyectarse genéricamente sobre toda la «información pública», según la definición del artículo 13 de la LT, en poder de los sujetos obligados, siempre que se sitúe dentro de la delimitación subjetiva y objetiva del ámbito de aplicación establecido por la norma, aunque adecuada a la configuración del derecho, plantea dificultades cuando ha de efectuarse la ponderación entre este y otros derechos o bienes afectados. La ausencia o carencia de una explicación del propósito perseguido por el peticionario puede ocasionar que la solución al conflicto se decante por la salvaguarda del derecho a la protección de los datos por desconocimiento de las razones que podrían justificar la prevalencia del acceso, esto es, por el análisis de la fricción desde una perspectiva puramente abstracta o con únicamente los datos que permiten identificar la injerencia concreta respecto del titular de la información personal⁷⁷.

A este respecto, se ha reprochado la alusión a la motivación de la petición, por considerarla contraria al sentido del derecho y, de este modo, dar prevalencia en la ponderación a otros derechos individuales e introducir una desigualdad de trato en función de la motivación o no de la petición y de las razones en que se funda la solicitud⁷⁸. Frente a ello, si bien, como se ha expuesto, la finalidad pública es apta, *per se*, para justificar el acceso con carácter general, al friccionar este derecho con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, ha de efectuarse una ponderación que no tiene por qué limitarse al interés público, legítimo, sin duda, pero que puede

⁷⁶ Así, se aprecia interés personal privado en conocer la identidad de los beneficiarios a los que se ha adjudicado cada inmueble en Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: «Resolución de reclamación presentada al amparo del artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», de 11 de diciembre de 2015, pág. 5, en que se afirma que «no se enmarca dentro de lo que la Ley denomina el interés público en la divulgación de la información».

Respecto de la condición de investigador, en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: «De la opacidad...», cit., pág. 265, se aboga por una interpretación extensiva que no exija necesariamente titulación habilitante. Y, como también se apunta en dicha obra, para la determinación de los fines históricos, científicos o estadísticos, «se estará a la legislación que en cada caso resulte aplicable», de acuerdo con lo indicado en Agencia Española de Protección de Datos: «Informe 240/2008», pág. 1.

⁷⁷ Es lo que se plantea en Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: «Resolución de reclamación presentada al amparo del artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», de 15 de noviembre de 2016, pág. 5, en que se advierte de que: «No obstante, a nuestro juicio, y si bien el reclamante manifiesta repetidamente su deseo en acceder a la información solicitada, no se dispone de datos o argumentos que permitan realizar por nuestra parte una ponderación suficientemente razonada y atendiendo a los criterios que se mencionan en el artículo 15.3 antes indicado. En efecto, no consta que el interesado fundamente su pretensión en el eventual ejercicio de un derecho para el cual la información solicitada devenga en relevante».

⁷⁸ GUICHOT REINA, E.: «Límites...», cit., pág. 139. Este rechazo se apunta igualmente en MORETÓN TOQUERO, A.: «Los límites...», cit., pág. 12, y MORENO GONZÁLEZ, G.: «El derecho de acceso...», cit., pág. 119.

ser insuficiente, por sí mismo, para justificar el sacrificio de los otros derechos comprometidos⁷⁹. Efectivamente el interés privado implica una diferencia de trato con respecto a quienes no ostentan ese tipo de interés y pretenden acceder a la información, mas esa diferencia es legítima, por cuanto no es idéntica la situación de quien solo pretende el escrutinio público, objetivo general de la LT, y quienes persiguen otro interés no menos digno de protección. El que la LT responda a la finalidad principal de contribuir a la transparencia como medio de control democrático de los poderes públicos no tiene por qué impedir que las vías en ella arbitradas contribuyan a satisfacer otros intereses de los ciudadanos, como sucedía, de hecho, con el artículo 37 de la LRJ-PAC y contempla el artículo 105 b) de la CE⁸⁰.

A fin de evitar lo expuesto, y de igual manera que la LT prevé en su artículo 19.3 la audiencia a los terceros cuyos derechos o intereses (que incluyen el derecho a la protección de los datos de carácter personal) puedan verse afectados por la información, con lo que posibilita no solo un eventual consentimiento por estos del acceso, sino también que expongan las circunstancias concretas de la injerencia, resulta conveniente que, merced a la mejora de solicitud que contempla el artículo 68.3 de la LPACAP, se interese la exposición de las razones del peticionario en caso de que se plantee la desestimación de la solicitud por carencia de motivación que pudiera hacer prevalecer el derecho al acceso⁸¹. No se trata, en todo caso, de exigir una motivación cuya obligatoriedad excluye la LT, sino de articular la vía para que, a efectos de la ponderación, se disponga de todos los datos que contribuyan a su mejor realización⁸².

A caballo entre el interés público en el escrutinio de los poderes públicos y el interés privado del solicitante puede situarse la tendencia a facilitar el acceso en atención a la previa legitimación como interesado cuando el procedimiento estaba en curso⁸³. Si bien la LT no despliega

⁷⁹ Como se señala en TRONCOSO REIGADA, A.: «Transparencia...», cit., pág. 96, «el ejercicio de derechos fundamentales supone un interés público que puede justificar el acceso a información administrativa. En la mayoría de los casos, las solicitudes de acceso de los ciudadanos a información administrativa no pretenden el control de la actividad pública o la transparencia administrativa, sino que son un medio necesario para la defensa de otros derechos o intereses legítimos».

⁸⁰ Se afirma en MORETÓN TOQUERO, A.: «Los límites...», cit., págs. 12 y 13, que «de esta forma, aun cuando la presencia de un interés privado o subjetivo no oculta la dimensión objetiva de la libertad informativa que propicia el libre flujo informativo, parece que la sombra de esta dimensión privada planea en la concepción de la ley que, por lo demás, propicia que no se termine de reconocer el carácter objetivo del libre flujo informativo». Discrepamos de esta apreciación, pues el carácter objetivo se prevé con carácter general y la eficacia como factor de ponderación del interés privado, sin excluir el público, acontece al efectuar la ponderación con otros derechos o bienes.

⁸¹ De acuerdo con el artículo 68.3 de la LPACAP, «en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, el órgano competente podrá recabar del solicitante la modificación o mejora voluntarias de los términos de aquella. De ello se levantará acta sucinta, que se incorporará al procedimiento».

⁸² Establece el artículo 17.3 de la LT que «en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, el órgano competente podrá recabar del solicitante la modificación o mejora voluntarias de los términos de aquella. De ello se levantará acta sucinta, que se incorporará al procedimiento».

⁸³ Así, en Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: «Resolución de reclamación presentada al amparo del artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», de 2016,

sus efectos respecto de procedimientos aún no finalizados, por aplicación de su disposición adicional primera, parece razonable que, sin excluir la ponderación con el derecho a la protección de los datos de carácter personal, se tome en consideración la especial relación del solicitante con la información y que esta relación habría priorizado el acceso con carácter general durante la tramitación del procedimiento, así como su interés en la corrección de este⁸⁴.

4.2. AFECCIÓN A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

El factor clave es sin duda el tipo de datos de carácter personal incluidos en la información pública a la que se pretende acceder, pues la intensidad de la afección al derecho derivado del artículo 18.4 de la CE está en relación directa con la clase de dato cuya divulgación se persiga o se produzca como consecuencia del acceso⁸⁵. No insistiremos en los datos especialmente protegidos, pues con anterioridad nos referimos a su régimen de cesión y a la regulación establecida en relación con él en el artículo 15.1 de la LT. Nos ocuparemos, por ello, de las restantes categorías.

Los «datos meramente identificativos» adquieren especial relevancia cuando se combinan con la esfera organizativo-funcional, pues la confluencia de ambos elementos determina la preferencia, con carácter general, del acceso a la información pública, de acuerdo con el artículo 15.2 de la LT. No se excluye, sin embargo, que, atendidas las circunstancias del caso concreto, pueda otorgarse prevalencia al derecho a la protección de los datos de carácter personal, lo que debe evaluarse a la luz del efecto lesivo del dato aparentemente no íntimo en función de las circunstancias concretas, que ocasionan que un dato en principio inocuo adquiera una intensidad superior⁸⁶. Es lo que

pág. 8, se argumenta que «pues bien, hecha la ponderación que exige la Ley, este Consejo de Transparencia entiende que, en el caso que nos ocupa, la Administración debe proporcionar a la interesada, solicitante del acceso, aquella información relevante del proceso selectivo que le permita comprobar la limpieza e imparcialidad del procedimiento en el que concurren, incluidos los datos de carácter personal de terceros también participantes en el mismo proceso selectivo con los que la solicitante compite por las mismas plazas».

⁸⁴ Acerca del acceso del interesado al expediente, ÁLVAREZ LOSA, C. y GONZÁLEZ LÓPEZ, J. J.: «Consideraciones acerca del acceso por el interesado al expediente administrativo en procedimientos selectivos», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 57, enero/diciembre 2015, págs. 20 y ss., en que se contrasta con los criterios de la LT.

⁸⁵ Este factor se menciona en TRONCOSO REIGADA, A.: «Transparencia...», cit., págs. 75 y ss.

⁸⁶ Así se afirma en Agencia Española de Protección de Datos: «Informe 12155/2016», pág. 8, que «existe por tanto un principio general favorable al acceso, o a la publicidad activa en lo que ahora nos afecta. Sin embargo, deberán considerarse las circunstancias del caso concreto, para poder ponderar entre la prevalencia del derecho a la protección de datos o la transparencia en su vertiente de derecho de acceso. Solo así se podrá valorar, por ejemplo, si la publicación pudiera afectar a su seguridad, como podría tratarse con víctimas de violencia de género o testigos protegidos, o si se tratara de datos de menores de edad, por ejemplo. Para ello, deberá concederse a todos los posibles afectados un plazo de quince días para formular alegaciones. Y de aquellas alegaciones que se reciban, habrán de ponderarse los derechos en cuestión, excluyendo los nombres y apellidos de aquellos que manifiesten un motivo fundado y legítimo relativo a una concreta situación personal que deba prevalecer sobre el derecho de acceso en los términos estudiados».

ocurre, verbigracia, con la identificación de funcionarias trasladadas por violencia de género o de empleados públicos trasladados por acoso laboral⁸⁷. También como manifestación del riesgo que se aprecia en una información en principio no íntima y calificable meramente identificativa identificamos el peligro de suplantación de identidad en relación con el documento nacional de identidad y de reproducción respecto de la firma manuscrita que se ha apuntado⁸⁸.

La menor afección que se atribuye a los datos meramente identificativos no se limita al supuesto de su vinculación con la esfera organizativo-funcional, sino que despliega sus efectos de manera general, pues así lo prevé el artículo 15.3 c) de la LT, al referirse al «menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativos de aquellos»⁸⁹. Si los datos especialmente protegidos integran la información personal más protegida, los «datos meramente identificativos» aparecen en el extremo opuesto de la relevancia iusfundamental, al ser únicamente el derecho a la protección de los datos de carácter personal el aparentemente afectado y serlo en una intensidad muy reducida. Ahora bien, que no se vean implicados otros derechos fundamentales, en principio, no debe conducir a la idea de que se trata de datos llamados a ceder *a priori* a favor del acceso a la información pública en todo caso, pues esos datos se ven amparados por un derecho fundamental que se opone al acceso. Lo que implica es que en la ponderación debe tomarse en consideración que la afección a únicamente este tipo de datos constituye un indicativo de escasa injerencia en el derecho a la protección de los datos de carácter personal. Y de nuevo no debe obviarse la mayor trascendencia que el dato en cuestión puede presentar atendidas las circunstancias concretas del contexto en que se presenta⁹⁰.

Si los datos afectados no se limitan a los «datos meramente identificativos» pero no encajan en la categoría que hemos dado en llamar «datos cualificados» ni en la de «datos especialmente

⁸⁷ En este sentido, GUICHOT REINA, E.: «Límites...», cit., pág. 135. A esta potencial lesividad responde que en Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y Agencia Española de Protección de Datos: «Criterio interpretativo 1/2015. Alcance de las obligaciones de los órganos, organismos y entidades del sector público estatal en materia de acceso a la información pública sobre sus Relaciones de Puestos de Trabajo (RPT), catálogos, plantillas orgánicas, etc... y las retribuciones de sus empleados o funcionarios», de 24 de junio de 2015, pág. 3, se indique que «tampoco se facilitará [la información] cuando el acceso afecte a uno o varios empleados o funcionarios públicos que se encuentren en una situación de protección especial –p. ej. la de víctima de violencia de género o la de sujeto a una amenaza terrorista–, que pueda resultar agravada por la divulgación de la información relativa al puesto de trabajo que ocupan».

⁸⁸ Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y Agencia Española de Protección de Datos: «Criterio interpretativo 4/2015. Publicidad activa de los datos del DNI y de la firma manuscrita», de 23 de julio de 2015, págs. 6 y 7.

⁸⁹ Esa menor afección predicable de los datos meramente identificativos frente a los restantes datos no íntimos o especialmente protegidos justifica su general claudicación en el ámbito organizativo-funcional frente al derecho de acceso y explica que no se establezca con carácter general para todo tipo de datos no íntimos o especialmente protegidos en ese ámbito, que es por lo que se inclina GUICHOT REINA, E.: «Límites...», cit., págs. 134 y 135.

⁹⁰ Así, se ha relacionado con la seguridad el acceso a la identidad de los adjudicatarios de inmuebles del Fondo de Bienes decomisados, al desvelar datos relacionados con la capacidad económica del adjudicatario, Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: «Resolución de reclamación presentada al amparo del artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», de 11 de diciembre de 2015, pág. 4.

protegidos», la ponderación ha de hacerse en términos de equivalencia entre derechos (acceso a la información pública frente al derecho a la protección de los datos de carácter personal), en virtud de la habilitación del artículo 11.2 a) de la LOPDCP y de su manifestación en la LT. Es la ponderación que se recoge en la LT al referirse con carácter general en su artículo 15.3 a que «cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal».

Los «datos cualificados» también aparecen recogidos en la LT como factor que ha de tomarse en consideración al efectuar la ponderación⁹¹. Justamente al contrario de lo que sucede con los «datos meramente identificativos», la presencia de ese tipo de datos conlleva que haya de otorgarse mayor peso a la afeción a la garantía de los derechos de los afectados, que en este caso no se limitan al derecho a la protección de los datos de carácter personal⁹².

También relacionada con el derecho derivado del artículo 18.4 de la CE, la previa divulgación de la información, si bien no legitima la obtención de la información sin consentimiento o sin cumplir las condiciones que permiten prescindir de este, sí se presenta como un factor de ponderación. Dado que la finalidad del derecho a la protección de los datos de carácter personal es garantizar la reserva de información concerniente a personas identificadas o identificables, la previa difusión de los datos diluye la trascendencia del secreto y, por tanto, modula el interés en dicha reserva, sin exceptuarlo.

Además del tipo de datos de carácter personal, la LT también toma en consideración como factor de atenuación de la intensidad de la injerencia el tiempo de conservación de los datos⁹³. Sin embargo, la brevedad o prolongación de la preservación de la información cuando se accede a ella no solo reduce la afeción al derecho, sino que puede ser indicio de mayor gravedad de la limitación del derecho, ya que la duración del tratamiento debe ajustarse a la finalidad de este, en atención al principio de proporcionalidad, y la conservación supone una restricción del derecho en sí misma, ya que implica la disponibilidad de la información⁹⁴.

⁹¹ El artículo 15.3 d) de la LT señala «la mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad».

⁹² Ahora bien, no basta con hacer una referencia genérica, sino que ha de justificarse la afeción en el caso concreto, como se razona en Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: «Resolución de reclamación presentada al amparo del artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», de 8 de septiembre de 2016, págs. 6 y 7.

⁹³ Esta concepción se refleja en Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: «Resolución de reclamación presentada al amparo del artículo 24 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», de 15 de noviembre de 2016, pág. 5, al aludir a que «tampoco se dispone de datos que permitan aseverar un menor perjuicio a los interesados por el transcurso del tiempo por cuanto se desconocen las circunstancias en la que los mismos se encuentran».

⁹⁴ Dispone el artículo 4.5 de la LOPDCP que «los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados».

A partir de lo expuesto, se aprecia el carácter incomprensible, desde la óptica del derecho a la protección de los datos de carácter personal, de la previsión del artículo 15.3 a) de la LT de que ha de tomarse en consideración «el menor perjuicio a los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español». Los únicos plazos a los que alude el precepto al que remite ese artículo de la LT son 25 años de la muerte del afectado, si su fecha es conocida, o, en otro caso, de 50 años a partir de la fecha de los documentos (art. 57.1 c). Se refieren, por tanto, a personas fallecidas, a las que, por su carácter personalísimo, no es aplicable el régimen de la protección de datos de carácter personal, como apunta el artículo 2.4 del RPDCP; ello sin perjuicio de que, en atención al derecho de determinadas personas de ejercitar acciones en nombre de los fallecidos para garantizar otros derechos fundamentales, deban adoptarse medidas para evitar su conocimiento por terceros⁹⁵. Se aprecia, por ende, que la previsión del artículo 15.3 a) de la LT es una muestra del carácter confuso del precepto, que aunque referido, según su rúbrica, a la «protección de datos personales», no se ajusta al régimen de este derecho y se proyecta sobre otros derechos que pueden resultar afectados al margen de este derecho (que exige tratamiento, entre otros requisitos, si bien ello es inherente a la posesión de los datos por los sujetos obligados). En todo caso, ha de tenerse presente que los plazos deberán tomarse en cuenta respecto de documentos no integrantes del patrimonio documental español, dada la especialidad de su regulación (que establece su acceso público transcurridos dichos plazos)⁹⁶.

5. ALTERNATIVAS AL ACCESO A LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL: ACCESO PARCIAL Y DISOCIACIÓN

Finalmente, es preciso destacar que, como ya se adelantó, existen alternativas a la comunicación de los datos de carácter personal que bien se erigen en medio de cumplir la finalidad pública o privada a que se orienta el ejercicio del derecho al acceso a la información pública en el caso concreto sin restringir otros derechos, bien suponen una satisfacción parcial de esa finalidad, pues no se proporciona toda la información interesada y que se estima vinculada al objetivo del acceso y, en su lugar, se facilitan cuantos datos se consideran accesibles en atención a la preferencia en ese supuesto del derecho a la protección de los datos de carácter personal u otros derechos⁹⁷. En el primer caso se aplica el subprincipio de necesidad y en el segundo, el de proporcionalidad en sentido estricto.

Estos medios son el acceso parcial y la disociación, ambos contemplados en la LT⁹⁸. A la disociación se refiere el artículo 15.4 de la LT, al establecer que «no será aplicable lo establecido

⁹⁵ Es el criterio plasmado en Agencia Española de Protección de Datos: «Tratamiento y cesión de datos de personas fallecidas. Informe 365/2006».

⁹⁶ Crítico con la previsión, aunque por otros motivos, se muestra GUICHOT REINA, E.: «Límites...», cit., págs. 137 y 138. También MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: «De la opacidad...», cit., pág. 262.

⁹⁷ En este sentido, MORENO GONZÁLEZ, G.: «El derecho de acceso...», cit., pág. 118.

⁹⁸ Así se advierte respecto del primero en Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y Agencia Española de Protección de Datos: «Criterio interpretativo 2/2015. Aplicación de los límites al derecho de acceso a la información», de 24 de

en los apartados anteriores si el acceso se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas». Al eliminar el carácter identificativo de la persona física, los datos dejan de ser datos de carácter personal y, por tanto, se evita cualquier injerencia en el derecho derivado del artículo 18.4 de la CE. En cuanto a la disociación, se regula en el artículo 16 de la LT de forma genérica respecto de todos los límites previstos en el artículo 14 de la misma norma⁹⁹. En este supuesto, al exceptuarse del acceso la parte de la información que contiene datos de carácter personal, también se elude la limitación del derecho.

En el caso del derecho a la protección de los datos de carácter personal la alternativa apropiada es la anonimización, proceso necesario para que los datos se tornen disociados. No procede acordar el acceso parcial cuando existe una alternativa que permite facilitar la información, aunque sea alterada para evitar la injerencia en el derecho, salvo que por las especiales circunstancias del supuesto no sea posible efectuar la anonimización.

Bibliografía

ÁLVAREZ LOSA, C. y GONZÁLEZ LÓPEZ, J. J. [2015]: «Consideraciones acerca del acceso por el interesado al expediente administrativo en procedimientos selectivos», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 57, enero/diciembre, págs. 13-44.

ARES GONZÁLEZ, V. [2014]: «Los ámbitos subjetivo y objetivo de la transparencia de la actividad pública», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 33, mayo, págs. 1-27.

BARRERO RODRÍGUEZ, C. [2014]: «El derecho de acceso a la información: publicidad pasiva», Guichot Reina, E. (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Madrid: Tecnos, págs. 199-246.

BLANES CLIMENT, M. A. [2014]: *La transparencia informativa de las Administraciones Públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters/Aranzadi.

CONDE ORTIZ, C. [2005]: *La protección de datos personales. Un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, Madrid: Dykinson.

DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. [1998]: *La protección de datos en Europa: principios, derechos y procedimiento*, Madrid: Grupos Asnef Equifax.

junio de 2015, pág. 6: «En cualquier caso si no cupiera el otorgamiento del acceso a la totalidad de la información una vez hechas las valoraciones anunciadas, se concederá acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido. En este caso, deberá indicarse al solicitante que parte de la información ha sido omitida».

⁹⁹ De acuerdo con el artículo 16 de la LT: «En los casos en que la aplicación de alguno de los límites previstos en el artículo 14 no afecte a la totalidad de la información, se concederá el acceso parcial previa omisión de la información afectada por el límite salvo que de ello resulte una información distorsionada o que carezca de sentido. En este caso, deberá indicarse al solicitante que parte de la información ha sido omitida».

- FREIXAS GUTIÉRREZ, G. [2001]: *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español; aspectos teóricos y prácticos*, Barcelona: Bosch.
- GALLARDO CASTILLA, M.^a J. [2014]: «Transparencia, poder público y derecho a la información», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 8, págs. 159-166.
- GAY FUENTES, C. [1995]: *Intimidación y tratamiento de datos en las Administraciones Públicas*, Madrid: Editorial Complutense.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F. [1997]: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) I*, Madrid: Civitas.
- GUERRERO PICÓ, M.^a C. [2006]: *El impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal*, Cizur Menor (Navarra): Thomson/Civitas.
- GUICHOT REINA, E. [2014]: «Límites a la transparencia y el acceso a la información», Guichot Reina, E. (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Madrid: Tecnos, págs. 97-142.
- INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA [2016]: *Estudio comparado sobre normativa internacional en materia de derecho de acceso a la información pública*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. [1990]: *El derecho a la autodeterminación informativa: la protección de los datos frente al uso de la informática*, Madrid: Tecnos.
- MARTÍNEZ, R. [2014]: «De la opacidad a la casa de cristal. El conflicto entre privacidad y transparencia», Valero Torrijos, J. y Fernández Salmerón, M. (coords.), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters/Aranzadi, págs. 241-280.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A. [2003]: *La cesión o comunicación de datos de carácter personal*, Madrid: Civitas.
- MESTRE DELGADO, J. F. [1998]: *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos. Análisis del artículo 105 b) de la Constitución*, Madrid: Civitas, (segunda edición).
- MORENO GONZÁLEZ, G. [2015]: «El derecho de acceso a la información pública en la Ley de Transparencia. Una aproximación constitucional», *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 8, págs. 93-125.
- MORETÓN TOQUERO, A. [2014]: «Los límites del derecho de acceso a la información pública», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 33, mayo, págs. 1-24.
- PÉREZ GIL, J. y GONZÁLEZ LÓPEZ, J. J. [2011]: «La videovigilancia como diligencia de recogida de datos de carácter personal: una reflexión sobre sus repercusiones procesales», Etxeberria Guridi, J. F. y Ordeñana Gezuraga, I. (coords.), *Videovigilancia. Ámbito de aplicación y derechos fundamentales afectados. En particular la protección de los datos personales*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 291-333.
- PEDRAZ PENALVA, E. [1990]: «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», en Pedraz Penalva, E., *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid: Akal, págs. 313-376.
- PIÑAR MAÑAS, J. L. [2014]: «Transparencia y protección de datos. Una referencia a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno», en Piñar Mañas, J. L. (dir.), *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*, Madrid: Editorial Reus, págs. 45-62.

REY MARTÍNEZ, F. [2014]: «Quod omnes tangit ab omnibus cognitum esse debet: el derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 33, mayo, págs. 1-19.

TÉLLEZ AGUILERA, A. [2001]: *Nuevas tecnologías. Intimidad y protección de datos: con estudio sistemático de la Ley Orgánica 15/1999*, Madrid: Edisofer.

TRONCOSO REIGADA, A. [2008]: «Transparencia administrativa y protección de datos personales», en Troncoso Reigada, A. (dir.), *Transparencia administrativa y protección de datos personales. V Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales*, Madrid: Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, págs. 23-188.

VIZCAÍNO CALDERÓN, M. [2001]: *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Madrid: Cívitas.